

Arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger ved ansettelse



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 535

Leveringsfrist: 25. April 2012

Til sammen 17.998 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Rettslig problemstilling	3
1.3	Avgrensning av oppgavens emne	4
1.4	Videre fremstilling	5
<u>2</u>	<u>BEGREPSAVKLARINGER, RETTSKILDEBILDET OG FORMÅLET BAK AML. § 9-3</u>	<u>6</u>
2.1	Begrepsavklaringer	6
2.1.1	Arbeidsforhold	6
2.1.2	Arbeidstakerbegrepet/arbeidssøkerbegrepet	6
2.1.3	Arbeidsgiverbegrepet og arbeidsgivers styringsrett	7
2.2	Rettslig bakgrunn og rettskilder	8
2.2.1	Forarbeider og reelle hensyn	8
2.2.2	Historikk	9
2.2.3	Nasjonal rett	11
2.2.3.1	Arbeidsmiljøloven	11
2.2.3.2	Personvernretten	12
2.2.3.3	Diskrimineringslovgivningen	13
2.2.3.4	Tariffavtaler og IA- avtalen	14
2.2.4	Internasjonal rett	15
2.2.5	Nordisk rett	16
2.3	Formål og hensyn bak aml. § 9-3	17
<u>3</u>	<u>ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL Å INNHENTE HELSEOPPLYSNINGER VED ANSETTELSE</u>	<u>21</u>
3.1	Generalklausul for kontrolltiltak i virksomheten	21

3.2	De materielle vilkår etter aml. § 9-3	22
3.2.1	Hva anses som innhenting etter loven?	23
3.2.2	Hva utgjør en helseopplysning etter aml. § 9-3?	25
3.2.3	En nærmere redegjørelse av hva som ligger i nødvendighetskriteriet etter aml. § 9-328	
3.2.3.1	Spørsmål om arbeidssøker er i stand til å greie fysiske oppgaver i stillingen	30
3.2.3.2	Spørsmål som er begrunnet i risiko for sikkerhet og helse	32
3.2.3.3	Spørsmål om behov for individuell tilrettelegging på arbeidsplassen	37
3.2.3.4	Spørsmål om arbeidssøkers personlige forhold	41
3.2.3.5	Spørsmål om stabilitet og tidligere sykefravær	45
3.2.3.6	Spørsmål om arbeidssøkers psykiske helsetilstand	47
3.2.3.7	Spørsmål om søker har en sykdom som er uforenelig med den aktuelle stillingen.	50
3.3	Arbeidsivers adgang til å foreta medisinske undersøkelser av arbeidssøker	52
3.3.1	Innledning	52
3.3.2	Formålet med medisinske undersøkelser	53
3.3.3	I hvilke tilfeller er det anledning til å foreta medisinske undersøkelser av arbeidssøker?	55
4	<u>AML. § 9-3 PRAKTISKE FUNKSJON I EN EKSEMPELBEDRIFT</u>	59
5	<u>KONTROLLADGANG FOR TILSYNSORGANER</u>	60

1 INNLEDNING

1.1 Presentasjon av tema

Starten på et arbeidsforhold starter ved en ansettelsesprosess. Det vil i utgangspunktet starte med et intervju hvor arbeidsgiver foretar en avveining av arbeidssøker for å konkludere om søker er egnet til den aktuelle stillingen. For at arbeidsgiver skal kunne danne seg et helhetsinntrykk av søker vil det ofte være flere aspekter som kan være av interesse. Det kan blant annet være aktuelt for arbeidsgiver å innhente visse opplysninger fra arbeidssøker, som helseopplysninger. Innhenting av helseopplysninger fra en arbeidssøker kan gi arbeidsgiver den informasjon han trenger for å kunne foreta en konkret vurdering av om personen er kvalifisert til stillingen eller ikke. Hvorvidt arbeidsgiver bør ha adgang til å innhente helseopplysninger er basert på en vurdering av opplysningenes nødvendighet for den aktuelle stillingen på den ene siden, men det er også viktig å se hen til arbeidsgivers legitime behov for å innhente helseopplysninger fra en arbeidssøker. Arbeidsgiver er forpliktet til å følge offentlige krav for å ivareta et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Flere yrker kan innebære en sikkerhets risiko og det må derfor stilles strenge krav til de som skal ansettes. Her blir det da tatt hensyn til arbeidssøker og resten av arbeidsmiljøet ved at det kreves opplysninger ved ansettelse, som igjen kan ha betydning for sikkerheten. På den andre siden må man også se hen til arbeidssøkers rett til vern av personlig integritet. Vern av personlige integritet er et prinsipp som lenge har hatt en sentral del innen arbeidsretten. Forarbeidene¹ til aml. § 9-3 brukte prinsippet ”personlig integritet” som et viktig moment i vurderingen av hvilke helseopplysninger man skulle avgrense mot i bestemmelsen. Skillet mellom arbeidsgivers og arbeidssøkers interesser kan være vanskelig å konstantere og grensene for hvilke opplysninger som kan innhentes må foretas etter en konkret avveining,

¹ NOU 2001:4 og Ot.prp. nr. 49

sett fra både arbeidsgiver og arbeidssøker sin side. Før aml. § 9-3 ble lovfestet i *lov av 17. Juni 2005 nr 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv*, heretter forkortet aml, var det ingen regulering av arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger ved ansettelse. Avveiningen ble da basert på alminnelige arbeidsrettslige prinsipper og personvern hensyn, slik som for eksempel borgernes rettssikkerhet og personlig integritet. Utgangspunktet er at arbeidsgiver har styringsrett i forhold til hva han kan foreta seg overfor sine ansatte og virksomheten han driver. Styringsretten er arbeidsgivers rett til å *”lede, fordele og kontrollere arbeidet og retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør”*.² I kraft av styringsretten kan arbeidsgiver blant annet iverksette kontrolltiltak overfor sine ansatte. Kontrolltiltak er et omfattende begrep og betegnes som ”ethvert tiltak som skal sikre at arbeidstaker utfører sitt arbeids slik de skal, og for øvrig opptre inne de rammer som gjelder for arbeidsforholdet”.³ Styringsretten må imidlertid alltid utøves innen alminnelig saklighetsnormer og adgang til å foreta tiltak overfor sine ansatt må ha en klar hjemmel av hensyn til rettssikkerheten. Derfor har arbeidsmiljøloven bestemmelser i Kap. 9 som setter en skranke for arbeidsgivers styringsrett på dette området. Aml § 9-3 blir således en begrensning i utgangspunktet om arbeidsgivers styringsrett. Kapittel 9 i aml er en nyskaping og det fantes ikke en tilsvarende regel i aml av 1977. Med utgangspunkt i styringsretten kan derfor arbeidsgiver iverksette kontrolltiltak overfor sine arbeidsgivere, med de begrensninger som følger av øvrige arbeidsrettslige og personvernrettslige regler og prinsipper. Her ser vi da at aml. Kap 9 er en kodifisering av gjeldene rett som må suppleres med personvernrettslige og arbeidsrettslige regler. Reglene om innhenting av helseopplysninger har nært slektskap med aml. Kap 13 om vern mot diskriminering, som også omfatter ansettelsesprosessen. Aml. 2005 § 13-4 er således en videreføring av bestemmelsen i aml. 1977 § 54D som gjaldt innhenting av opplysninger ved ansettelse. Bestemmelsen regulerte derimot ikke innhenting av *helseopplysninger*. Aml. kapittel 9 er bygd opp av materielle og prosessuelle regler og inneholder bestemmelser om informasjon og drøfting, innhenting av helseopplysninger og adgang til å

² Knophs oversikt over Norges rett, 13 utg. s. 549

³ Henning Jakhelln, oversikt over arbeidsretten 4. Utgave s. 392.

foreta medisinske undersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere. Kapittel 9 i loven ble tatt med for å ivareta og beskytte de ansattes personlige integritet. Dette er et vern som også er nedfelt i flere internasjonale konvensjoner, som for eksempel Den europeiske menneskerettskonvensjonen og EUs personverndirektiv. I tillegg til den generalklausulen i § 9-1, har man tatt med flere særbestemmelser i Kap 9. Aml. § 9-3 om ”innhenting av helseopplysninger ved ansettelse” og aml. § 9-4 om medisinske undersøkelser er slike særbestemmelser.⁴ Bestemmelsen om medisinske undersøkelser vil i denne oppgaven bli behandlet som et underordnet tema etter aml. § 9-3. Forholdet mellom særbestemmelsen og generalklausulen har ikke blitt nærmere behandlet i forarbeidene. Derimot kan man trekke konklusjoner ut fra det synspunktet at § 9-3 er en spesialbestemmelse under kapittelet 9 om kontrolltiltak. Det vil kunne anses som rimelig, dersom man anser en helseopplysning som nødvendig etter aml. § 9-3, at den mest sannsynlig også vil være saklig og forholdsmessig etter § 9-1.

Bestemmelsen er plassert i aml. Kap 9 om kontrolltiltak i virksomheten og har følgende ordlyd:

§ 9-3 (1):

”arbeidsgiver må ikke i utlysningen etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi andre helseopplysninger enn dem som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen”.

1.2 Rettslig problemstilling

Den rettslige problemstilling for oppgaven vil omhandle rundt spørsmålene om når, eller i hvilke tilfeller, eller hvor langt adgangen for arbeidsgiver til å be om helseopplysninger ved ansettelse strekker seg.

Behandlingen av aml. § 9-3 vil gjelde tidspunktet før ansettelses og ikke etter at tiltredelse hos arbeidsgiver har skjedd.

⁴ Jan Fougner og Lars Holo, Arbeidsmiljøloven kommentarutgave 2006 s. 372.

Oppgavens hovedvekt vil bli rettet mot i hvilken grad arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger med hjemmel i aml. § 9-3 og hvilke skranker som foreligger på dette område. Spesielt ser man hen til arbeidsgivers legitime behov for å innhente helseopplysninger versus arbeidssøkers behov for vern av personlig integritet. Adgangen til å innhente slike helseopplysninger blir vurdert etter det som betegnes som nødvendighetskriteriet i juridisk teori og forarbeider.⁵

Ved behandling av nødvendighetskriteriet oppstår det spørsmål i forhold til hvilke helseopplysninger arbeidsgiver kan innhente for å kunne vurdere hvorvidt arbeidssøker er egnet til å utføre arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. Her vil da aml. § 9-3 sette skranker for arbeidsgivers styringsrett. Ved vurderingen av hvilke skranker som inngår i aml. § 9-3 har forarbeidene foretatt en vurdering av hva som omfattes av ordlyden ”innhenting av helseopplysninger”.

Samtidig la Breisteinutvalget til grunn at medisinske undersøkelser omfattes av begrepet ”innhenting av helseopplysninger”. Arbeidsgivers adgang til å foreta medisinske undersøkelser etter § 9-4 vil således være av interesse.⁶

1.3 Avgrensning av oppgavens emne

I denne oppgaven velger jeg å avgrense mot situasjoner som oppstår etter at tiltredelse har skjedd hos arbeidsgiver. Videre avgrenser jeg mot hvordan helseopplysninger som har blitt innhentet som følge av kontrolltiltak, skal bli behandlet. Dette gjelder spesielt i forhold til personopplysningsloven og de vilkår som gjelder for vern av slike opplysninger. Dette vil være problemstillinger som vil favne videre enn oppgavens ordlyd ”innhenting av helseopplysninger”.

Videre tolkes jeg ordlyden i oppgaven dit hen at den omfatter helseopplysninger *ved ansettelse*, slik at bruk av helseopplysninger utenfor arbeidsforhold, som for eksempel forsikringsselskaper eller medisinsk forskning faller utenfor.

⁵ Jakhelln *Oversikt over arbeidsretten* 4. Utgave s. 205, Jakhelln/Aune *Arbeidsrett.no* s. 376 note 10 og Ot.prp. nr. 49 s. 148

⁶ NOU 2001:1 s. 8, kapittel 2 sammendrag.

Innhenting av genetiske helseopplysninger i arbeidslivet er i strid med lov av 5. desember 2003 § 5-8 og vil derfor ikke bli behandlet i oppgaven.

1.4 Videre fremstilling

I den videre fremstilling vil jeg begynne med å avklare noen generelle begreper innenfor arbeidsretten i punkt 2.1. Dette er først og fremst begrepene arbeidsforhold, arbeidsgiver og arbeidstaker/arbeidssøker begrepene.

Videre vil jeg i oppgavens punkt 2.2 ta for meg den rettslige bakgrunn og rettskildene rundt aml. § 9-3, herunder aktuelle forarbeider, historikk, nasjonal, internasjonal rett og nordisk rett. Deretter vil formålet bak bestemmelsen bli behandlet i punkt 2.3.

I punkt 3 av oppgaven tar jeg for meg oppgavens hoveddel, hvor jeg vil gjøre rede for hva som omfattes av aml. § 9-3 *"innhenting av helseopplysninger ved ansettelse"*, herunder et overblikk over bestemmelsen om medisinske undersøkelser etter aml. § 9-4.

Videre i punkt 4 vil jeg kort gjøre rede for bestemmelsens funksjon i en eksempelbedrift. Avslutningsvis ser jeg hen til kontrolladgangen for tilsynsorganer og konsekvenser ved at arbeidsgiver handler i strid med aml. § 9-3.

2 Begrepsavklaringer, rettskildebildet og formålet bak aml. § 9-3

2.1 Begrepsavklaringer

2.1.1 Arbeidsforhold⁷

For at bestemmelsen i aml. § 9-3 skal komme til anvendelse må det konstanteres et arbeidsforhold som er basert på en gjensidig avtale mellom arbeidsgiver og den som skal utføre en ytelse. Innhenting av helseopplysninger som ikke vil omfattes av et arbeidsforholdet, vil blant annet gjelde opplysninger som blir innhentet til bruk i forsikringsselskaper eller i medisinsk forskning.

Om begrepet "arbeidsforhold" beskriver Jakhelln at *"i arbeidsmiljøloven er dette forutsetningsvis kommet til uttrykk i aml. § 1-8 (2), som definerer arbeidsgiver som den som har ansatt arbeidstakeren"*. Hvorvidt det foreligger et arbeidsforhold baserer seg derfor på hvem som omfattes av arbeidstaker begrepet. Personer som utfører arbeid i foreninger og arbeidet ikke er basert på en avtale, men basert på et medlemskap, vil ikke følge arbeidsmiljølovens bestemmelser. Til illustrasjon er Rt. 1995 s. 2018. Høyesterett Kjæremålsutvalg viste her til hva lagmannsretten hadde gitt uttrykk for og uttalte at *"arbeidsmiljøloven ikke gjelder for den «den rene tillitsvalgte», og at det må i tillegg eller ved siden av være noe som gjør det til et ansettelsesforhold"*. Dette var på tross til at saken gjaldt en person som ble valgt til leder i en fagforening på heltid og som mottok lønn.

2.1.2 Arbeidstakerbegrepet/arbeidssøkerbegrepet⁸

Det følger av aml. § 1-8 første ledd at *"...enhver som utfører arbeid i annens tjeneste"* er arbeidstaker i denne lov. En arbeidstaker er ansatt hos en arbeidsgiver og det må foreligge en arbeidsavtale mellom dem.

⁷ Jakhelln, oversikt over arbeidsretten s. 26

⁸ Jakhelln, oversikt over arbeidsretten 4. utgave s. 32 flg.

Arbeidssøker er ikke definert i loven men det må kunne antas at det vil omfatte en person som har med hensikt i å etablere et arbeidsforhold. I forarbeidene⁹ ble det definerte som en person som har:

*”...vist interesse for å arbeidet i en virksomhet hvor vedkommende ikke er ansatt i fra før; eller søker arbeidet internt i virksomheten; og er aktuell for stillingen ut fra generelle krav til utdanning, sertifikater, alder”.*¹⁰

Forhold som typisk vil falle utenfor begrepet arbeidstaker vil være tjenesteforhold eller selvstendige oppdragstakere. Jo større frihet man har til å ta egne avgjørelser og vurderinger, jo mer trekker det i retning av å ikke være omfattet av arbeidstaker begrepet. På den annen side kan yrker hvor arbeidstaker har høy grad av selvstendighet fra arbeidsgivers instruksjon, som for eksempel kunstner, fortsatt være underlagt arbeidsrettslige regler.

2.1.3 Arbeidsgiverbegrepet og arbeidsgivers styringsrett

Etter arbeidsmiljøloven § 1-8 annet ledd er arbeidsgiver begrepet definert slik:

”Med arbeidsgiver menes i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”.

Arbeidsgiver er pålagt en rekke plikter overfor sine arbeidstakere. Det følger blant annet av aml. kapittel 3 at arbeidsgiver skal ivareta et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, herunder krav til helse, miljø og sikkerhetsarbeid, kalt HMS krav. Videre er kravene til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø nedfelt i lovens kapittel 4.¹¹

⁹ NOU 2001:4

¹⁰ NOU 2001:4 s. 23

¹¹ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4. utgave s. 36 flg.

Arbeidsgiver har blant annet¹² adgang til å foreta endringer overfor arbeidstaker i form av styringsretten. Styringsretten er et element i arbeidsavtalen mellom partene og den er en forutsetning for det overordnede forhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Etter aml. kapittel 9 ligger det begrensinger i arbeidsgivers styringsrett i forhold til hva han kan innføre av kontrolltiltak under og før arbeidsforholdet tiltrer. Arbeidsgiver kan ikke ta i bruk tiltak som vil virke usakelig eller uforholdsmessig, jf. aml. § 9-1. Videre kan arbeidsgiver kun innhente helseopplysninger som er nødvendig for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen, dette vil jeg komme nærmere tilbake til i oppgavens punkt 3.

2.2 Rettslig bakgrunn og rettskilder

2.2.1 Forarbeider og reelle hensyn

Ved vurdering av om det skulle foretas eventuelle endringer i regelverket, ble det i statsråd 25. juni 1999 oppnevnt et utvalg som fikk mandat til å drøfte helseopplysninger i arbeidslivet, herunder behovet for lovregulering av biologisk prøvetakning i arbeidslivet og bruk av helseopplysninger og helseundersøkelser av arbeidstakere og arbeidssøkere.

Utvalget går under betegnelsen Breisteinutvalget og de gav sin utredning til Sosial- og helsedepartementet 12. desember 2000 i form av NOU 2001:4.¹³ Utvalgets flertall var enige om at det var behov for ytterligere lovregler, på bakgrunn av det gjeldene regelverket fremstod som uklart og spredt i flere lover.¹⁴

Videre har vi NOU 2004:5 som utgjør Arbeidslivlovsutvalgets utredning om endringer i arbeidsmiljøloven med mer. Mandatet til utvalget var svært omfattende og utredningen skulle i hovedsak foreta en teknisk gjennomgang og vurdering av arbeidsmiljølovens

¹² Se oppgavens punkt 1.1 om arbeidsgivers andre oppgaver: *"lede, fordele, kontrollere arbeidet.."*

¹³ NOU 2001:4 kapittel 1

¹⁴ NOU 2001:4 s. 136

struktur. Formålet var å skape en bedre klarhet og tilgjengelighet for arbeidstakerne og arbeidsgiverne.¹⁵

Ot. prp nr. 49 *”Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv”*. være en av oppgavens sentrale kilder.

Avslutningsvis vil reelle hensyn være av særlig interesse i oppgaven. Hensynet til blant annet personvern, personlig integritet, arbeidsgivers legitime behov, sikkerhet, samfunnsmessige verdier og et sunt arbeidsmiljø vil være noen av de formål som må tas i betraktning ved vurdering av nødvendighetskriteriet.

2.2.2 Historikk

Bestemmelsen om innhenting av helseopplysninger er ny ved arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62. Arbeidsmiljøloven av 2005 er en kodifisering av tidligere arbeidervernlover, herunder 1977 loven. Aml. § 9-3 viderefører deler av aml. 1977 § 54D nr. 4, som satte forbud mot innhenting av visse typer opplysninger fra en arbeidssøker. Aml. § 54D regulerte derimot ikke innhenting av helseopplysninger og tilsvarer i dag aml. (2005) § 13-4 som regulerer vern mot diskriminering.¹⁶

For å få et overblikk av hvordan arbeidervernlovgivingen har utviklet seg, må vi se tilbake til de ulemper som fulgte med industrialiseringen i forrige århundre. På denne tiden var det kun visse grupper som fikk sikret sine rettigheter overfor sin arbeidsherre. Dette gjaldt særlig tjenestefolk, sjøfolk, håndverksarbeidere i byene og jordbruksarbeidere. Disse fikk vern gjennom blant annet Bergverksloven av 1842, Husmannsloven av 1851 og Sunnhetsloven av 1860. Industrien utviklet seg uten restriksjoner og arbeidernes ve og vel ble ikke tatt hensyn til. Først i 1871 fikk samfunnet øynene opp for den skjeve utviklingen. Ikke før i 1885 ble den første arbeiderkommisjonen nedsatt hvor det ble forslått forebyggende bestemmelser av arbeidsulykker og helsefare, lengden av arbeidstiden, særlig vern av kvinner og barn, kontraktsvern og offentlige tilsyn.

¹⁵ NOU 2004:5 kapittel 1

¹⁶ Jakhelln/Aune, *Arbeidsrett.no* s. 372 note 1

Den første arbeidervernlov ble vedtatt 27. juni 1892 og trådte i kraft 1. juli 1893. I begynnelsen gjaldt loven kun for fabrikkdrift, men ble utviklet til å gjelde all industriell virksomhet med mekanisk drivkraft av en viss størrelse og håndverksbedrifter. Først i loven av 1936 fikk den et betydeligere større virkeområde og ble mer som en alminnelig arbeidervernlov. Lov av 4. februar 1977 førte med seg en ny prosessordning for behandling av tvister om oppsigelse og avskjedigelse. Den nærmeste bestemmelsen vi kommer spørsmål angående vern ved ansettelse var den tidligere § 55A i 1977 loven, nå § 13-1 flg. Ved endringsloven 26. mars 2004 nr. 15 ble prinsippet om likebehandling fremhevet, samtidig ble den tidligere § 55A opphevet. Formålet var å fremme likebehandling i arbeidslivet og innholdet i Rådsdirektivet 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet ble videreført i lovens kapittel 13, som gjelder alle sider av arbeidsforholdet fra utlysning av stillingen til opphør.¹⁷

Som sagt fantes det ingen generelle regler om hvilke kontrolltiltak som kunne iverksettes overfor arbeidssøkere og arbeidstakere i de tidligere arbeidervernlovene. Vernet overfor arbeidstakere ble regulert dels av ulovfestet rett og regler som ivaretok den personlige integritet. Arbeidstakervernet ble styrket gjennom arbeidsavtalen, den alminnelige lojalitetsplikten og igjennom tariffavtale. Alle disse forhold var med på å regulere hvilke kontrolltiltak som kunne iverksettes, inkludert innhenting av helseopplysninger. Lover som stod sentralt var personvernopplysningsloven, menneskerettsloven, EMK og øvrige konvensjoner. Også de ulovfestede personvernprinsippene stod sentralt.¹⁸

Rettstilstanden før aml av 2005 var når arbeidsgiver skulle innhente helseopplysninger fra arbeidssøker, var utgangspunktet arbeidsgivers styringsrett og de ulovfestede prinsipper. I de tilfeller hvor det ikke var hjemmel for å innhente helseopplysninger kunne arbeidssøker gi samtykke til at helseopplysninger ble innhentet. Samtykke bygget på ulovfestede prinsipper og personopplysningsloven. Dette var en omstridt metode som spesielt ble tatt

¹⁷ Jan Fougner og Lars Holo, Arbeidsmiljøloven kommentarutgave s. 17 flg.

¹⁸ Jan Fougner og Lars Holo, Arbeidsmiljøloven kommentarutgave s. 17 flg.

opp av Breisteinutvalget¹⁹. Konklusjonen ble at samtykke ikke skulle gi rettsgrunnlag for å innhente helseopplysninger ved ansettelse. Utgangspunktet måtte være at helseopplysninger kun kan innhentes dersom de er nødvendig for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. Avgjørelsen ble begrunnet med at et samtykke ville kunne oppfattes av arbeidssøker som en tvangssituasjon, hvor han ville kunne føle seg forpliktet til å oppgi personlige opplysninger. I en samtykket situasjon står hensynet til arbeidssøkers personlige integritet på den ene siden og på den annen står behovet for å komme i arbeid. Dersom arbeidssøker hadde nektet, ville dette kunne ha ført til at ansettelse ble avvist. Både Arbeidslivlovutvalget og departementet la til grunn at samtykke ikke var egnet som hjemmelsgrunnlag for arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger ved ansettelse.²⁰

På bakgrunn av tidligere ulovfestet rett kan styringsretten synes å gi arbeidsgiver adgang til å ansette de personer han selv mener er skikket til stillingen, dette vil også kunne anses som rimelig ut ifra arbeidsgivers behov. På den annen side må man kunne trekke slutninger fra de alminnelige personvern hensyn om at en slik adgang ikke bør overskride prinsippene om saklighet og forholdsmessighet. På den måten skapes det en balanse mellom arbeidsgiver og arbeidssøkers behov, som igjen vil ivareta de prinsipper som aml. § 9-3 i utgangspunktet bygger på.

2.2.3 Nasjonal rett

2.2.3.1 Arbeidsmiljøloven²¹

I forhold til oppgavens ordlyd ”arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger ved ansettelse” er det lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 som er det rettslige utgangspunktet. Loven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker,

¹⁹ NOU 2001:4 kapittel 5

²⁰ Ot.prp. nr. 49 s. 148

²¹ Ot.prp. nr. 49 punkt 12.3.3

med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven, jfr. aml. § 1-2 første ledd. Etter aml. § 1-9 kan loven ikke fravikes til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt.

For at arbeidsgiver kan foreta inngrep av ulik art overfor arbeidssøker må det foreligge en hjemmel. Jo mer inngripende tiltaket er, jo strengere blir kravet til at det må foreligge en hjemmel i lov, altså det grunnleggende legalitetsprinsippet.

For å ivareta arbeidssøkers rettigheter og rettssikkerhet var flertallet i Breisteinutvalget enige om at utlevering av helseopplysninger og det å undergi seg helseundersøkelser bør ha hjemmel i lov.²²

2.2.3.2 Personvernretten

Når det gjelder innhenting av helseopplysninger fra arbeidssøker berører dette også personvernspørsmål. Etter aml. § 9-1 annet ledd gjelder personopplysningsloven

”...for arbeidsgivers behandling av opplysninger om arbeidstakere i forbindelse med kontrolltiltak...”.

Lov av 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger har en sentral del innefor kontrolltiltak og den implementerer EUs personverndirektiv 95/46/EF.

Personopplysningsloven tar for seg behandling av opplysninger som blir innhentet som følge av kontrolltiltak i bedriften. Utenfor loven faller inngrep som for eksempel blodprøver, stikkprøver av arbeidstakere eller andre former for fysiske inngrep.

Aml. § 9-3 behandler kun situasjonen rundt hvilke opplysninger som er tillatt, når dette er avgjort blir spørsmålet hvordan disse opplysningene skal behandles og det er da vi befinner oss i personopplysningsloven. Derimot er det viktig å se hen til at begge regelsett er bygget opp rundt de samme prinsippene om personlig frihet og personlig integritet, men at § 9-3 må tolkes som *lex specialis*.²³

²² NOU 2001:4 s. 11

²³ Ot.prp. nr. 49 s. 145 andre spalte

Både arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven bygger på prinsippet om saklighet og forholdsmessighet. I arbeidsmiljøloven kommer dette til uttrykk i § 9-1, mens i personopplysningsloven følger det hovedsakelig av § 8 f.

Det følger av forarbeider²⁴ at arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven skal harmonisere med hverandre når det gjelder tolkningen av bestemmelsene i aml. Kap 9 og popplyl § 8 flg. Spesielt har forholdsmessighetsvurderingen blitt fremhevet og en slik vurderingen vil derfor også få betydning utenom tolkning av popplyl. § 8 f.

2.2.3.3 Diskrimineringslovgivningen

Formålet med aml. § 9-3 er at arbeidstakere ikke urettmessig skal bli holdt utenfor arbeidslivet. Problemstillinger som oppstår ved innhenting av helseopplysninger har nær sammenheng med diskrimineringslovgivningen. Blant annet reguleres dette av arbeidsmiljøloven kapittel. 13 som forbyr all diskriminering i arbeidslivet. Her gjelder bestemmelsene både før og etter ansettelse, herunder selve ansettelsesprosessen. Det betyr at ved utlysning av en stilling må arbeidsgiver ikke be om opplysninger som vil bety at en bestemt gruppe blir holdt utenfor arbeidslivet, for eksempel personer med nedsatt funksjonsevne.

Graviditet er et sentralt tema i diskrimineringslovgivningen. Her er det viktig at arbeidsgiver holder seg til en saklig og forholdsmessig vurdering, slik at det ikke blir tatt utenforliggende hensyn.²⁵ Det fremgår nå av lov av 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene § 4 tredje ledd at arbeidsgiver ikke må be om at søker skal gi opplysninger om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging. Dette er i tråd med EF-domstolens praksis, hvor det praktiseres et absolutt forbud mot graviditetsdiskriminering. Et slikt sterkt vern av gravide søkere og arbeidstakere er i samsvar med det formål at kvinner også har rett til ta del i arbeidslivet og de endringer i arbeidsvilkårene underveis.²⁶

²⁴ Ot.prp. nr. 49 s. 146

²⁵ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4 . utgave s. 217

²⁶ Jakhelln, oversikt over arbeidsretten 4. Utgave s. 75

2.2.3.4 Tariffavtaler og IA- avtalen ²⁷

Kontrolltiltak kan reguleres gjennom en tariffavtale eller en individuell arbeidsavtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Forskjellen er at ved regulering gjennom tariffavtale er tiltaket basert på et kollektivt samtykke, mens en arbeidsavtale er basert på et individuelt samtykke. En avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om at samtykke skal tjene som rettsgrunnlag for innhenting av helseopplysninger, vil derimot ikke fremstå som gyldig etter aml. § 9-3.²⁸

Gjennom allmenne prinsipper om vern av den personlige integritet, saklighet og forholdsmessighet utgjør de en skranke for arbeidsgivers kontrolladgang. Tilleggsavtale V ”Avtale om kontrolltiltak i bedriften” i Hovedavtalen mellom LO og NHO bygger blant annet på allmenne prinsipper om vern av den personlig integritet. Dette er også prinsipper som er nedfelt i EMK artikkel 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv.²⁹

For at arbeidsgivere skal etterleve det regelverket vi har på arbeidsrettens område, har arbeidstilsynet inngått iverksettelse av en plan som skal arbeide for et inkluderende arbeidsliv, kalt IA-avtalen. Dette er en avtale mellom NHO, KS, HSH, Spekter, LO, Unio, Akademikerne og myndighetene. Alle virksomheter i Norge kan ta del i avtalen ved å tegne en samarbeidsavtale med NAV arbeidslivsenter og virksomhetens tillitsvalgte. Hovedfokus ligger på å forebygge sykefravær og at tilretteleggingsplikter skal følges. Slik vil flere komme ut i arbeid og det vil bli færre på trygd.³⁰

²⁷ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4. utgave s. 548 og s.100 flg.

²⁸ Oppgavens punkt 2.2.1 historikk og Ot.prp. nr. 49 s. 148

²⁹ Ot.prp. nr. 49 s. 139

³⁰ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4. Utgave s. 661 og www.nho.no artikkel: ”IA på 1-2-3”

2.2.4 Internasjonal rett

Norge er forpliktet til å følge flere internasjonale avtaler som er inkorporert gjennom *lov av 21. mai 1999. Nr 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett*. Videre er EU-direktivene bindene for Norge gjennom EØS avtalen. Særlig Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950, Europarådskonvensjon nr. 108 om personvern i forbindelse med elektronisk databehandling av personopplysninger og EUs personverndirektiv er av interesse når det gjelder arbeidsgivers adgang til å foreta kontrolltiltak.

EMK fastslår i artikkel 8 at *"Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse"*. Retten til privatliv omfatter både fysisk og psykisk integritet. Videre følger det av fortalen til EUs personverndirektiv at *"nasjonal lovgivning skal sikre privatlivets fred i arbeidsforhold i samsvar med artikkel 8 nr. 1"*. EUs personverndirektiv er en del av EØS avtalen og gjelder som utgangspunkt for all elektronisk behandling av personopplysninger og manuell behandling av opplysninger som skal brukes i et personregister. Det tar sikte på en regulering som skal gjelde likt for alle EU og EØS områder. Samtidig er det et grunnleggende syn at alle mennesker skal ha kontroll over de opplysninger som angår dem og deres personlige forhold, også på arbeidsrettens område. De prinsipper vi ser på det internasjonale rettsområdet, er prinsipper som også ligger til grunn for innhenting av helseopplysninger etter aml. § 9-3.³¹

Den internasjonale arbeidsorganisasjon har utarbeidet anbefalinger som medlemsstatene bør følge. Disse er ikke rettslig bindende for Norge, men departementet har uttalt at de bør legges til grunn som retningslinjer ved utarbeidelse av kollektive arbeidsavtaler eller annen lovgivning. Blant annet igjennom *"Protection of workers' personal data :an ILO code of practice"* fra 1996 gis det retningslinjer i forhold til utarbeidelse av avtaler som tar for seg behandling av personopplysninger om arbeidstakere. Her skal for eksempel medlemsstatene hindre at slike opplysninger blir brukt for å holde visse grupper utenfor arbeidslivet gjennom ulovelig diskriminering.³²

³¹ NOU 2004:5 s. 408 til 410 og Ot. Prp nr 49 s. 136

³² Ot. Prp nr 49 s. 136

2.2.5 Nordisk rett³³

Gjennom det grunnleggende prinsippet om arbeidsgivers styringsrett har vi flere fellestrekk med de nordiske landene.

Den finske loven om integritetsvern i arbeidslivet har fokus på personlig integritet og arbeidsgivers behov for personaladministrative plikter. Loven sikrer åpenhet gjennom hele prosessen ved behandling av personopplysninger. På den måten unngår man ett sett av detaljregulerte regler om hvilke opplysninger som kan behandles.

Loven har som et generelt utgangspunkt at det kun er adgang for å innhente opplysninger som har *”direkte relevans for arbeidstakernes ansettelsesforhold, og som har å gjøre med håndteringen av rettigheter og plikter mellom arbeidsgiver og arbeidstaker eller med arbeidsoppgavenes særlige karakter”*. Samtykke fra arbeidstaker ved spørsmål om opplysninger som ikke er av relevans, vil ikke være tillatt og kravet er derfor ubetinget.

Den danske loven om bruk av helseopplysninger på arbeidsmarkedet, har som utgangspunktet at arbeidsgiver ikke kan innhente opplysninger om arbeidstakers helsetilstand dersom de *”uberettiget begrenser en arbeidstakers mulighet for å oppnå eller beholde et arbeidsforhold”*. Det er kun adgang til å innhente helseopplysninger dersom disse er *”spesifikke, aktuelle helseforhold, og bare hvis opplysningene har «væsentlig betydning for lønmottagerens arbejdsdyktighet ved det pågældende arbejde»³⁴*. Ordlyden *”pågældende arbejde”* tolkes som *”alle funksjoner arbeidsgiveren realistisk sett, ikke teoretisk, kan forutse at arbeidstakere vil komme til å bli beskjeftiget med i løpet av et overskuelig tidsrom”³⁵*.

Den danske loven åpner derimot opp for en viss adgang til å innhente helseopplysninger etter § 4. Her kan arbeidsgiver, med tillatelse fra arbeidsministeren, innhente

³³ Ot. prp nr. 49 s. 136 til 138 og NOU 2004:5 s. 410 til 412

³⁴ Ot. Prp nr. 49 s. 137

³⁵ NOU 2004:5 s. 411

helseopplysninger som er nødvendig for å ivareta forbrukers eller andres helse og sikkerhet, det ytre miljø eller andre samfunnsinteresser. Ved vurderingen av hvilke opplysninger som er nødvendig for å ivareta de hensyn loven stiller, må det foretas en interesseavveining hvor de nevnte hensyn *”klart overstiger hensynet til arbeidstakeren og at det ikke er mulig å ivareta hensynet på annen måte”*.³⁶ En slik vurdering kan vi også se i den norske arbeidsmiljøloven når man skal vurdere hvilke kontrolltiltak som skal være tillatt overfor arbeidssøker og arbeidstaker.

I Sverige har den svenske integritetsutredningen kommet med forslag til ny lov i den såkalte integritetsutredningen SOU 2002:18. Det er enighet om at det ikke foreligger et strekt nok vern av personer integritet og at dette er en menneskerettighet som staten har plikt til å følge. Her vurderes det da om det er et behov for en egen lov til å regulere vernet av den enkeltes integritet i arbeidslivet.³⁷

2.3 Formål og hensyn bak aml. § 9-3

I norsk arbeidsrett hviler det et fundamentalt prinsippet om full sysselsetting.³⁸ Det følger av grl. § 110 første ledd at det:

”pååligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at ethvert arbejdsdygtigt Menneske kan skaffe sig Udkomme ved sit Arbejde”.

For at arbeidsgiver og arbeidssøker skal kunne få et rettferdig utgangspunkt til å etablere et arbeidsforhold, er det viktig å ha et velfungerende arbeidsliv. Et velfungerende arbeidsliv baserer seg på høy yrkesdeltagelse og et inkluderende arbeidsliv hvor man viser respekt for

³⁶ NOU 2004:5 s. 411

³⁷ NOU 2004:5 s. 412

³⁸ Jakhelln, oversikt over arbeidsretten 4. utgave s. 145

det enkelte menneske.³⁹ Dette fremgår tydelig aml. § 1-1 bokstav e hvor lovens formål er å bidra til et inkluderende arbeidsliv.

Før aml. 2005 trådte i kraft gjaldt det ulovfestede prinsipper og praksis, som ble anvendt i forhold til avveining av kontrolltiltak og innhenting av helseopplysninger. Disse var ofte fragmentariske og resulterte i en uoversiktlig og lite tilgjengelig rettstilstand.⁴⁰

Rettstilstanden frem til nå har vært preget av en teknologisk utvikling som gjør at helseopplysninger om arbeidssøker blir mer tilgjengelig for arbeidsgiver. Arbeidsgiver har vesentlige muligheter til å kontrollere og samle informasjon om arbeidssøkere og desto viktigere blir arbeidssøkers personvern. Departementet la spesielt vekt på den teknologiske utviklingen ved vurderingen av arbeidstakers personvern i forbindelse med arbeidsgivers kontrolladgang. Videre var det viktig at reglene ble mer tilgjengelig, både av hensyn til arbeidssøker/arbeidstaker og arbeidsgiver.⁴¹ An hensyn til arbeidsgiver, som i praksis skal anvende loven, mente Breisteinutvalget at den ikke bør bestå av en lovteknikk som er for detaljerte eller teknisk formulert.⁴² Slik loven i dag fremstår, kan det tenkes at den gir for lite detaljer ved at arbeidsgiver kan ha vanskeligheter med å vurdere hvor grensene skal trekkes for innhenting av helseopplysninger. På den annen side er det viktig at bestemmelsen ikke er for snever, slik at arbeidsgivers legitime behov blir ivaretatt.

Behovet for å ha en lovregulering i forhold til *innhenting av helseopplysninger ved ansettelse* er begrunnet ut ifra hensyn til både arbeidssøker og arbeidsgiver.

Breisteinutvalget var av den oppfatning at en arbeidssøker burde ha ett tilsvarende vern som det en arbeidstaker har under et arbeidsforhold. Det er særlig i en ansettelsesprosess at et slikt vern vil være av relevans for arbeidssøker.⁴³

³⁹ Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten, 4. utgave s. 145

⁴⁰ NOU 2001:4 s. 34

⁴¹ Ot. Prp. nr. 49 s. 143

⁴² NOU 2001:4 s. 136

⁴³ NOU 2001:4 s. 12 og NOU 2004:5 s. 440

Helseopplysninger kan oppfattes som svært personlige og ovenfor arbeidssøker kan innhenting fra arbeidsgiver føles som et inngrep i hans personlige integritet. Aml. § 9-3 har derfor som utgangspunkt å hindre at arbeidssøker blir holdt utenfor arbeidslivet på urimelig grunnlag, ved at arbeidsgiver ber om helseopplysninger som ikke er nødvendige. Derimot vil arbeidsgiver kunne ha et sterkt behov for å kartlegge arbeidssøkers helsetilstand. Dette kan for eksempel ha betydning for hvorvidt arbeidssøker er egnet til stillingen eller for å tilfredsstille offentlige krav til et sikkert arbeidsmiljø.⁴⁴

Med urimelig grunnlag må forstås avveininger som er uforholdsmessige i forhold til det formålet de skal tjene og som utgjør et inngrep i arbeidssøkers personlige integritet. Derfor anvender aml. § 9-3 et nødvendighetskriterium som forutsetter at de opplysninger som arbeidsgiver innhenter, må være nødvendig for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. Bestemmelsene fungerer i utgangspunktet som en skranke for arbeidsgivers kontrolladgang og begrenser således arbeidsgivers adgang til å ansette på fritt grunnlag. Arbeidsgiver kan derfor ikke innhente opplysninger med den hensikt å ”sile ut” de søkerne med dårlig helse eller lignende.⁴⁵ Derimot vil arbeidsgiver under en ansettelsesprosess ha et behov for å avdekke om arbeidssøker tilfredsstiller de krav som stillingen krever, om det må iverksettes eventuelle tiltak for å tilrettelegge arbeidet på arbeidsplassen og om det foreligger risiko for helseskader i forbindelse med arbeidet.

Gjennom aml. § 4-1 første ledd har arbeidsgiver et ansvar for å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø som er i samsvar med utviklingen i samfunnet. Videre skal det ved planlegging og utforming av arbeidet legges vekt på å forebygge skader og sykdommer, jfr. § 4-1 andre ledd. For å ivareta disse pliktene vil det være naturlig at arbeidsgiver har adgang til å innhente nødvendige helseopplysninger. Dette er av hensyn til både tredjemanns behov, arbeidssøkers behov, samfunnsmessige behov og virksomhetens behov. Ved å holde et lavt sykefravær og produksjonsnivå oppe, kan virksomhetens behov og samfunnsmessige behov blir ivaretatt.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 49 s. 148

⁴⁵ Jakhelln, oversikt over arbeidsretten 4. utgave s. 204

Arbeidsgivers etterfølgelse av arbeidsrettslige plikter vil også ha en betydning i forhold til kunder og investorer. En arbeidsgiver som følger lover og regler som er bestemt av staten, kan øke tilliten hos kunder eller investorer. Samtidig vil et synelig regelverk og bevissthet om kontrolladgangens skranker, hindre at arbeidsgiver misbruker sin styringsrett ved å innhente helseopplysninger som er i strid med aml. § 9-3. Jo mer fokus det er på de begrensinger som ligger i adgangen til å innhente helseopplysninger, jo vanskeligere blir det å skjule eventuelle overskridelser fra arbeidsgivers side. Slike betraktninger kan også resultere i at arbeidsgiver får mer kunnskap om hvilke helseopplysninger som er tillatt å innhente etter aml. § 9-3.

Arbeidstakers personlige integritet kan ses som motpolen til arbeidsgivers styringsrett og spørsmålet blir da hvilke behov og interesser arbeidsgiver har som kan begrunne et slik inngrep overfor arbeidssøker. Dette vil bli behandlet nærmere i oppgavens hoveddel.

3 ARBEIDSGIVERS ADGANG TIL Å INNHENTE HELSEOPPLYSNINGER VED ANSETTELSE

3.1 Generalklausul for kontrolltiltak i virksomheten

En forutsetning for ethvert kontrolltiltak etter aml. kapittel 9 er at generalklausulen i § 9-1 er overholdt.

Departementet var enig med Arbeidslivslovutvalget⁴⁶ at det var behov for en generalklausul som ivaretok den rettslige standarden fra tidligere ulovfestet rett.

Bestemmelsen ble da presentert i § 9-1 første ledd:

”Arbeidsgiver kan bare iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker når tiltaket har saklig grunn i virksomhetens forhold og det ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren”.

Generalklausulen i § 9-1 første ledd angir de hovedvilkårene som må ligge til grunn for at et kontrolltiltak etter aml. kapittel 9 skal være lovlig.

For det første må det foreligge en *saklig grunn* for at arbeidsgiver kan iverksette kontrolltiltak overfor sine arbeidstakere. Kravet er ikke uttømmende og kan inneholde en rekke forhold. Samtidig er det gjennom Høyesterett sine uttalelser i Nøkk dommen⁴⁷ og Kårstø-dommen⁴⁸ fremhevet at styringsretten er begrenset av alminnelige saklighetsnormer og slike normer stiller krav til at saksbehandling må være forsvarlig og at begrunnelser ikke er basert på utenforliggende hensyn.⁴⁹

⁴⁶ Ot. Prp. nr. 49 s. 143

⁴⁷ Rt. 2000 s. 1602

⁴⁸ Rt. 2001 s. 418

⁴⁹ NOU 2004:5 s. 413 fotnote 14

Det første man må se hen til er om kontrolltiltaket har forankring i *virksomhetens forhold* som sådan. Med dette menes at tiltaket må knyttes opp mot virksomhetens behov, det vil derfor ikke være tillat å iverksette tiltak som ligger utenfor virksomhetens drift. Tiltak som iverksettes for å tilfredsstille samfunnsinteresser, som for eksempel et sunt kosthold og trening, vil ikke ha *saklig grunn* etter § 9-1.⁵⁰

For det andre må kontrolltiltaket ikke utgjøre en uforholdsmessig belastning overfor arbeidstakeren. Dersom tiltaket fører med seg en *uforholdsmessig belastning*,⁵¹ kan tiltaket anses i strid med loven, selv om det har et saklig formål. Arbeidsgiver kan for eksempel pålegge arbeidstakere på et kjernekraftverk å ta en rusmiddeltest ut ifra sikkerhetsmessige hensyn, men det vil ikke innebære at kontorpersonalet kan pålegges slik kontroll. Slike kontrolltiltak må ”...skje i forhold til den enkelte arbeidstaker”.⁵²

Forholdsmessighetsvurderingen er en sammensatt vurdering av flere momenter. Særlig vekt vil personvern hensyn tillegges, men også tradisjonelle momenter må tas med i betraktning. Her vil tiltakets formål være relevant, for eksempel hvor stort behov det er for tiltaket og arten av tiltaket. Når det gjelder hensynet til personvern hensyn er det nødvendig å se hen til hvilke type personvern hensyn det er tale om. Personvern hensyn kan være av forskjellig karakter og noen kan være av større interesse å beskytte. Medisinske undersøkelser vil utgjøre et tiltak hvor personvern hensyn må tillegges vesentlig vekt. Derimot vil personvern hensyn ikke være like fremtredende ved rutinemessig registrering av arbeidstakers bruk av internett i arbeidstiden.⁵³

3.2 De materielle vilkår etter aml. § 9-3

I det følgende blir det sentrale å redegjøre for hvilke vilkår som må være oppfylt etter aml. § 9-3 (1) for at arbeidsgiver skal kunne innhente helseopplysninger fra arbeidssøker. For

⁵⁰ Ot. Prp. nr. 49 s. 144 og 145

⁵¹ Aml. § 9-1 første ledd

⁵² Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, 4. utgave s. 396

⁵³ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, 4. utgave s. 397 og Ot. Prp nr. 49 s. 149

det første er det spørsmål om hva som anses som ”innhenting”, for det andre må man se hen til hva som omfattes av begrepet ”helseopplysninger” og til slutt må man foreta en avveining av hvilke helseopplysninger som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen.

3.2.1 Hva anses som innhenting etter loven?

Problemstillinger rundt arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger ved ansettelse handler i stor grad om hvordan helseopplysninger fremkommer. Bakgrunnen for at § 9-3 kun tar for seg innhenting er at Breisteinutvalget mente bruk og oppbevaring i hovedsak rettet seg mot helsepersonell. Således ville de holde arbeidsmiljøloven innenfor arbeidsgiver- arbeidstaker relasjon.⁵⁴

Det rettslige utgangspunkt følger av aml. § 9-3:

”Arbeidsgiver må ikke i utlysingen etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkeren skal gi andre helseopplysninger enn det som er nødvendige...arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente helseopplysninger på annen måte.”

Etter aml. § 9-3 første punktum vises det til at innhenting kan skje ved at arbeidsgiver ber om det i selve utlysingen av stillingen, jf. ordlyden: *”arbeidsgiver må ikke i utlysningen etter nye arbeidstakere...”*. Arbeidsgiver kan i selve utlysningen av stillingen kreve at visse helseopplysninger vil bli etterspurt, så lenge de er nødvendig for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. I en utlysning kan det for eksempel informeres om at særlige helseopplysninger vil bli etterspurt på grunn av offentlige krav eller sikkerhetsmessige hensyn.

Videre må ikke arbeidsgiver *”på annen måte”* be arbeidssøker om å gi andre helseopplysninger. Dette kan for eksempel forekomme ved at arbeidsgiver etterspør

⁵⁴ Jakhelln/Aune, Arbeidsrett.no 2. Utgave s. 375 note 2

helseopplysninger skriftlig, ved bruk av søknadsskjema eller under intervju med arbeidssøker.

Samtidig kan helseopplysninger blant annet fremkomme ved å stille et enkelt spørsmål som; ”hvordan har du det i dag?” eller man kan trekke slutninger ut ifra en generell kunnskap om helse. Observasjoner av for eksempel en persons vekt eller røykevaner kan gi en oppfatning av hva vi tror eller vet kan bli et resultat av tilstanden. Røyking kan gi risiko for flere typer kreft og hjertekarsykdommer, mens overvekt kan forårsake høyt blodtrykk, hjertesykdommer og diabetes. Dette er alvorlige tilstander som kan ha stor betydning for arbeidssituasjonen i form av høyt fravær, utgifter i form av sykepenges og redusert arbeidskraft.⁵⁵ Hvorvidt slike observasjoner kan betegnes som ”innhenting” er likevel usikkert.

Innhenting etter § 9-3 forutsetter at arbeidsgiver går aktivt inn for å hente helseopplysninger fra søker. Under et intervju kan arbeidsgiver blant annet be arbeidssøker om opplysninger han eller hun selv har kjennskap til. Hvor arbeidssøker oppgir helseopplysninger uoppfordret vil dette utgjøre ”overskuddsinformasjon” som må antas å ikke omfattes av begrepet ”innhenting”.⁵⁶ Slik informasjon vil da bestå av opplysninger som arbeidsgiver ikke aktivt har innhentet og det vil således være urimelig å gi arbeidsgiver ansvar for opplysninger som eventuelt kan være i strid med § 9-3. På den annen side taler de lege ferenda betraktninger for at arbeidsgiver ikke bør kunne tillegge slike opplysninger avgjørende vekt ved beslutning om ansettelse. Formålet bak aml. § 9-3 om at arbeidssøker ikke skal holdes utenfor arbeidslivet på urimelig grunnlag og alminnelige arbeidsrettslige prinsipper om saklighet og forholdsmessighet, vil fortsatt kunne sette skranker for arbeidsgivers styringsrett.

Etter aml. § 9-3 første ledd annet punktum skal arbeidsgiver heller ikke innhente helseopplysninger ved å ”iverksette tiltak”. Med ”iverksette tiltak” kan forstås at

⁵⁵ NOU 2001:4 s. 19

⁵⁶ Tine Eidsvaag, Handlaus gjæte. Vern mot utstøtning og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse, s. 192 flg.

arbeidsgiver innhenter opplysninger om arbeidssøkers helse gjennom "...helsepersonell, felles kjente eller familie, ved å kontakte oppgitte referanser, tidligere arbeidsgivere eller kollegaer...".⁵⁷

I dagens samfunn blir det mer og mer vanlig å benytte seg av elektroniske hjelpemidler.

I hvilken grad kan arbeidsgiver ta i bruk offentlig tilgjengelig informasjon?

Den rettslige problemstillingen blir om bruk av offentlige tilgjengelig informasjon omfattes av ordlyden "innhenting" etter § 9-3. Som sagt ovenfor kreves det en form for aktivitet fra arbeidsgivers side. Vil for eksempel informasjon som søkeren har lagt ut på facebook eller annet sosial media kunne regnes som aktiv *innhenting* fra arbeidsgiver.

Her må vi da se hen til formålet med aml. § 9-3 som blant annet er å verne om arbeidssøkers personlige integritet. Dersom arbeidssøker selv publiserer personlige opplysninger på nett, vil vernet av disse opplysningene ikke ha den reelle virkning som planlagt, da søker allerede har vært åpen overfor allmennheten. Reelle hensyn taler også for at dersom man velger å offentliggjøre personlige opplysninger må man anta at det vil vektlegges i situasjoner der det vil være aktuelt. Spesielt vil dette gjelde i jobbsammenheng, da det kan si noe om søkers egnethet og forutsetninger i den aktuelle stillingen. Informasjon som blir lagt ut på nett må også kunne antas å fremstå som "*overskudds informasjon*"⁵⁸ som arbeidsgiver ikke direkte har etterspurt og som da ikke vil omfattes av ordlyden "*innhenting*".

3.2.2 Hva utgjør en helseopplysning etter aml. § 9-3?⁵⁹

Etter aml. § 9-3 første ledd kan arbeidsgiver innhente "*helseopplysninger*" fra arbeidssøkere. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at helseopplysninger består av opplysninger som kan kartlegge arbeidssøkers helsetilstand, herunder fysiske eller psykiske plager. Samtidig fremgår det ingen tidsmessig begrensning i ordlyden, slik at tidligere, nåværende og fremtidige helseopplysninger synes å være omfattet.

⁵⁷ Jakhelln/Aune Arbeidsrett.no s. 377 note 12

⁵⁸ Oppgaven s. 24 første avsnitt

⁵⁹ NOU 2001:4 s. 20 flg. og s. 137 flg.

Begrepet *”helseopplysning”* er ikke nærmere definert i lovteksten, så her må man se hen til hva som har blitt uttalt i forarbeidene.

Breisteinutvalget foreslo at begrepet helseopplysninger skal forstås som *”informasjon som kan bidra til å kartlegge personers nåværende eller mulige fremtidige helsetilstand”*.⁶⁰

Hvem som er kilden til opplysningene eller hvordan de har oppstått er ikke avgjørende for å avklare hva som vil omfattes av begrepet. Helseopplysninger kan fremlegges på bakgrunn av medisinske undersøkelser foretatt av helsepersonell og det kan være opplysninger som arbeidssøker selv har fremlagt for arbeidsgiver. Forarbeidene⁶¹ har valgt å avgrense mot opplysninger i form av personlighetstester og helsekrav i forbindelse med sertifikater.

Etter helseregisterloven § 2⁶² er helseopplysninger definert slik:

”taushetsbelagte opplysninger i henhold til helsepersonelloven § 21 og andre opplysninger og vurderinger om helseforhold eller av betydning for helseforhold, som kan knyttes til en enkeltperson”.⁶³

Helsepersonelloven § 21 ble omtalt i Ot. Prp nr. 5 (1999-2000)⁶⁴ og helseopplysninger ble definert slik:

”Opplysninger om helseforhold skal forstås på samme måte som i forslag til lov om behandling av personopplysninger i § 2 nr. 8 bokstav c. Det fremgår av merknaden til

⁶⁰ NOU 2001:4 s. 8

⁶¹ NOU 2001:4 s. 9

⁶² Lov av 18. mai 2001 om helseregister og behandling av helseopplysninger. Formålet med loven er å *”...bidra til å gi helse- og omsorgstjenesten og helseforvaltningen informasjon og kunnskap uten å krenke personvernet, slik at tjenesten kan gis på forsvarlig og effektiv måte.”* jfr. § 1

⁶³ NOU 2001:4 s. 20

⁶⁴ Ot. Prp nr. 5 (1999-2000) er forslaget til lov om helseregistre og behandling av helseopplysninger. I kapittel 15 er det merknader til de enkelte bestemmelsene, herunder definisjon av ordlyden *helseopplysninger*.

definisjonen i nevnte bestemmelse at uttrykket "helseforhold" omfatter opplysninger om en persons tidligere, nåværende og fremtidige fysiske eller psykiske tilstand, inkludert opplysninger om medisin og narkotikamisbruk. Videre uttales at også opplysninger om sosiale forhold kan falle inn under "helseforhold", dersom de sosiale forhold påvirker helsen...også vurderinger om helseforhold omfattes av begrepet helseopplysninger...".⁶⁵

Enkelte ganger kan det oppstå spørsmål som går på de personlige eller psykologiske forhold hos arbeidssøker. En arbeidsgiver kan for eksempel stille spørsmål om hvordan arbeidssøker vil håndtere en stressende situasjon på arbeidsplassen. Ved tilsvarende spørsmål kan det være vanskelig å trekke et skille mellom hva som vil være et indirekte spørsmål om søkers helsetilstand og hva som er spørsmål rundt arbeidssøkers karaktertrekk. Karaktertrekk kan blant annet være opplysninger rundt arbeidssøkers egenskaper, som for eksempel om han er sterk, svak, stabil, passiv eller aktiv.⁶⁶ Hvorvidt slike opplysninger omfattes av begrepet *helseopplysninger*, ved at de kan gi indikasjoner på søkers helsetilstand, er ikke avklart i forarbeidene. På den ene siden er karaktertrekk opplysninger om søkers personlighet og ikke direkte helseopplysninger. Dersom opplysninger om karaktertrekk skal omfattes av begrepet helseopplysninger, vil dette begrense arbeidsgivers legitime behov for å danne seg et bilde av arbeidssøker. Opplysninger om søkers karaktertrekk utgjør et viktig vurderingsgrunnlag i forhold til om han er egnet til stillingen eller ikke. Reelle hensyn taler derfor for at begrepet ikke bør trekkes så langt at opplysninger om søkers karaktertrekk omfattes. Det må også kunne antas at lovgivers mening ikke har vært å begrense arbeidsgivers legitime behov for å bli kjent med arbeidssøker.

På den annen side er karaktertrekk opplysninger som kan gi arbeidsgiver et indirekte innsyn i arbeidssøkers helsetilstand. Ved å stille spørsmål som går på søkers evne til å takle stress eller krisesituasjoner, vil det kunne gi et skjeft bilde av hva arbeidssøker er egnet til.

⁶⁵ NOU 2001:4 s. 20

⁶⁶ Masteroppgave fra 2006 "Om arbeidsgivers adgang til å hente inn helseopplysninger gjennom samtale med arbeidssøker" s. 25

På den måten kan arbeidssøker risikere å gi opplysninger som ikke er nødvendige og således bli holdt utenfor arbeidslivet på et urimelig grunnlag. En slik tilnærming vil være i strid med § 9-3.

I forhold til hvor man skal trekke den nedre grensen av hva som omfattes av begrepet helseopplysninger, er det ingen konkrete løsninger og det må derfor foretas en vurdering i hvert enkelt tilfelle. Utgangspunktet må således tas på bakgrunn av en naturlig språklig forståelse av ordlyden. En slik forståelse taler for at helseopplysninger består av opplysninger som er av en fysiske eller psykiske art, men som kan variere fra person til person.

3.2.3 En nærmere redegjørelse av hva som ligger i nødvendighetskriteriet etter aml. § 9-3

Bestemmelsen i aml. § 9-3 åpner for at arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger fra arbeidssøker. Den rettslige problemstillingen blir hva som omfattes av ordlyden ”nødvendige” helseopplysninger.

Vilkåret for å innhente helseopplysninger ved ansettelse etter § 9-3 er at opplysningene er:

”...nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen”.

Arbeidsgiver kan ha et legitimt behov for å innhente helseopplysninger for kunne ta en forsvarlig vurdering av om arbeidssøker er egnet til å utføre arbeidsoppgavene på en tilfredsstillende måte. Videre kan det være nødvendig innhente helseopplysninger for å iverksette individuelle tilretteleggingstiltak på arbeidsplassen og for å ivareta arbeidssøkers personvern.⁶⁷

Når det gjelder tolkningen av ordlyden ”nødvendig” har det vært uenighet i forarbeidene. Breisteinutvalget tok en mer liberal tilnærming og uttalte at nødvendige helseopplysninger bør tolkes snevert, mens arbeidslivlovutvalget mente at skjønnsmaet må gis en romslig

⁶⁷ NOU 2004:5 s. 441

fortolkning slik at arbeidsgivers legitime behov blir ivaretatt. Arbeids- og sosialdepartementet har lagt seg på Arbeidslovutvalgets linje. Videre mente utvalget at det ikke var nødvendig å gi et slikt tolkningssignal som Breisteinutvalget foreslo, da *”det ligger i bruken av nødvendighetskriteriet at det kun er de strengt saklige formål som ivaretas”*.⁶⁸ Med dette menes at arbeidsgiver må kunne stille spørsmål til arbeidssøker om forhold som vil ha betydning *”...for å tilpasse arbeidsmiljøet og lignende...”* og *”...om arbeidstaker lider av en sykdom som er uforenelig med den aktuelle stillingen”*. Derimot kan arbeidsgiver ikke innhente generelle opplysninger, fremtidige sykdommer eller helseproblemer.⁶⁹

Spørsmålet om man skal tillegge nødvendighetskriteriet en snever eller vid betydning synes ikke å være avklart, men uttalelsene fra Breisteinutvalget er likevel relevante ved vurderingen, selv om den ikke gir direkte uttrykk for lovgivers mening.⁷⁰

Enhver helseopplysning som arbeidsgiver får opplyst av arbeidssøker, må vurderes konkret i forhold til hver enkelt arbeidsoppgave som knytter seg til den aktuelle stillingen. En stilling kan bestå av forskjellige arbeidsoppgaver av ulik karakter og som kan stille en rekke krav til hva som må kreves av en eventuell arbeidstaker. I den videre fremstilling vil jeg derfor ta for meg ulike tilfeller hvor det kan være nødvendig for arbeidsgiver å innhente helseopplysninger fra arbeidssøker. Dette er ikke ment som en uttømmende liste, men gir et overblikk over hvilke situasjoner som kan være aktuelle. Jeg velger da å ta utgangspunkt i de forholdene som forarbeidene har listet opp.⁷¹

⁶⁸ NOU 2004:5 s. 441

⁶⁹ NOU 2001:4 s. 141 flg.

⁷⁰ NOU 2004:5 s. 441, NOU 2001:4 s. 141 og Ot. Prp nr 49 s. 148

⁷¹ Ot. prp nr. 49: *”...må kunne spørre om arbeidssøker er i stand til å greie fysiske oppgaver som stillingen innebærer...forhold som vil kunne ha betydning for å tilpasse arbeidsmiljøet og lignende, herunder om arbeidstaker lider av en sykdom som er uforenelig med den aktuelle stilling”*.

3.2.3.1 Spørsmål om arbeidssøker er i stand til å greie fysiske oppgaver i stillingen

Det rettslige utgangspunkt er at arbeidsgiver har adgang til å stille spørsmål som er nødvendige og som har til formål å ivareta en berettiget interesse. Her må det foretas en avveining i forhold til vernet av arbeidsgivers legitime behov og arbeidssøkers personlige integritet. Det fremgår av forarbeidene⁷² at arbeidsgiver må kunne stille spørsmål om arbeidssøker kan utføre enkle fysiske oppgaver som knytter seg til stillingen. I slike tilfeller vil innhenting av helseopplysninger være lovelig etter aml. § 9-3. Adgangen til å innhente opplysninger angående søkers fysiske helse, vil være av særlig interesse for stillinger som krever et visst omfang av fysisk aktivitet. Eksempler på dette finner vi spesielt i service yrker, som håndverkere, brannmenn, politi, rørleggere, hjelpepleiere og sykepleiere. Problemstillingen blir om arbeidsgivers adgang er helt fri på dette område og hvilke grensespørsmål som kan være aktuelle.

Arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger vil først og fremst avhenge av om de er *nødvendige* i forhold til de *arbeidsoppgavene* som stillingen krever. For å foreta en avveining av nødvendighetskriteriet kan man se hen til selve stillingsannonsen og hvilke arbeidsoppgaver man kan forvente ut ifra denne. I tillegg kan man se hen til hvordan arbeidsgiver velger å utforme spørsmålene sine i en intervjuprosess.

På den ene siden kan arbeidsgiver stille *generelle spørsmål*⁷³ som kun belyser hvorvidt arbeidssøker er egnet til å utføre arbeidsoppgavene. En arbeidsgiver kan for eksempel ved et intervju forklare hvilke fysiske utfordringer stillingen innebærer og deretter stille spørsmål om arbeidssøker vil være i stand til å utføre dem. Slik generell informasjon om arbeidsoppgavene vil arbeidsgiver ha en legitim interesse å gjøre rede for, herunder hvilke fysiske krav stillingen består av, som eventuelle krav til kondisjon, styrke og bevegelsesevne. I en stilling som sykepleier eller hjelpepleier vil arbeidsoppgavene blant

⁷² Ot. Prp. nr. 49 s. 148

⁷³ Masteroppgave fra 2006 ”Om arbeidsgivers adgang til å hente inn helseopplysninger gjennom samtale med arbeidssøker” s. 28

annet bestå av tunge løft, ved behandling av bevegelseshemmede pasienter. Videre vil en stilling som rørlegger innebære at arbeidstaker må arbeide i ulike stillinger og han må derfor kunne ha en god bevegelsesevne.

I enkelte stillinger kan arbeidsoppgavene innebære risiko for ytre påvirkninger.⁷⁴ En stilling som for eksempel maler forutsetter at man ikke er allergisk mot de produkter man bruker i jobben. Tilsvarende vil en stilling som baker eller kokk kunne kreve at man ikke er allergisk mot mel eller andre matprodukter. Arbeidsgiver kan i slike tilfeller beskrive arbeidsoppgavene, uten at det vil innebære noen form for innhenting av helseopplysninger og slike spørsmål er klart lovlig å stille etter § 9-3.

På den annen kan en generell utforming av spørsmålene fremstå som en form for indirekte innhenting av helseopplysninger. Så lenge arbeidsgiver holder seg til generelle spørsmål som kun gir en oppfatning av om søker er egnet til den aktuelle stillingen, synes det å være adgang for å stille slike spørsmål. Et illustrerende eksempel er hvor stillingen innebærer en risiko for belastning på rygg eller annen muskulatur. Arbeidsgiver vil ha adgang til å stille spørsmål om søker er i stand til å utføre tunge løft og lignende, men ikke om arbeidssøker lider av en konkret muskelsykdom eller andre spørsmål som direkte omhandler søkers helsetilstand. Ved slike spørsmål kan det være vanskelig å avgjøre hvorvidt arbeidsgiver har et legitimt behov for å innhente konkrete helseopplysninger. Som sagt tidligere må man vurdere dette ut i fra den aktuelle stillingen og om helseopplysningene er nødvendige. På den måten vil stillingens art begrense arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger og det må antas at konkrete spørsmål kun er lovlig hvor de har et *strengt saklig* formål i forhold til den aktuelle stillingen.⁷⁵

Arbeidssøkers personvern vil være relevante hensyn i avveiningen av hvorvidt konkrete helseopplysninger om arbeidssøkers fysiske styrke er nødvendige. Personvern hensyn taler for en streng vurdering ved avveiningen av hvilke spørsmål arbeidsgiver kan stille. Hensynet til personverninteresser taler også for at arbeidsgiver ikke kan innhente

⁷⁴ NOU 2001:4 s. 27: Det vil foreligge behov for overvåkning av arbeidstakernes helse når de utsettes for skadelige påvirkninger.

⁷⁵ NOU 2004:5 s. 441

helseopplysninger dersom arbeidssøker fremdeles er egnet til å utføre arbeidsoppgavene på en tilfredsstillende og hensiktsmessig måte. Arbeidssøkers egnethet vil også være et viktig samfunnsmessig hensyn, som taler for en streng vurdering av nødvendighetskriteriet.

Behovet for at friske personer får en reell mulighet til å komme ut i arbeid er viktig både i forhold til personlig integritet og for en god samfunnsmessig utvikling. Personer med en spesifikk helseplage kan være like godt egnet til å utføre arbeidsoppgaver, som det en frisk person vil være i samme stilling. Det er derfor viktig at arbeidsgiver ikke får en ubegrenset adgang til å innhente enhver helseopplysning, med mindre den er strengt nødvendig i forhold til utførelsen av arbeidsoppgavene.

Samtidig kan unødvendige opplysninger som ikke vil ha betydning for utførelsen av stillingen, fremstå som et uforholdsmessig inngrep i arbeidssøkers personlige sfære, jfr. SP artikkel 17. Dette fremgår også direkte av ordlyden i aml. § 9-3: "...nødvendig for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen".

3.2.3.2 Spørsmål som er begrunnet i risiko for sikkerhet og helse

Utgangspunktet ved adgangen til å innhente helseopplysninger, som er begrunnet i risiko for sikkerhet og helse, bygger på uttalelsen fra Breisteinutvalget. De mente arbeidsgiver ville ha et behov for å innhente eller be om helseopplysninger, videre at man må ta hensyn til arbeidssøkers helsetilstand, tredjeperson og helse, miljø og sikkerhet. Utgangspunktet for at arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger etter § 9-3, vil under dette punktet forutsette at opplysningene er *nødvendige* for å kunne ivareta arbeidssøkers og tredjepersoners helse i forhold til miljøet og for å ivareta et sikkert arbeidsmiljø.⁷⁶

Ved avveiningen av hvorvidt innhenting av helseopplysning er nødvendig for å ivareta sikkerhet og helse i arbeidsmiljøet, vil utgangspunktet være hvilken stilling som er aktuell i det enkelte tilfelle. En slik avveining må først og fremst tas på bakgrunn av arbeidsgivers legitime behov for å innhente helseopplysninger og vernet av arbeidssøkers personlige integritet. Ved vurderingen av de to motstående hensyn, må man se hen til hvilke type

⁷⁶ NOU 2001:4 s. 14

sikkerhets hensyn som skal ivaretas og i hvilken grad man kan foreta inngrep i arbeidssøkers personlige integritet.⁷⁷

Dersom arbeidsgiver skal opprettholde et forsvarlig krav til sikkerhet på arbeidsplassen og omgivelsene rundt, kan det tenkes at hensynet til personlig integritet må vike. Spesielt hvor arbeidsgiver har en plikt til å innhente helseopplysninger som følge av offentlige krav fra myndighetene, kan hensynet til personvern tillegges mindre vekt enn sikkerhetsmessige hensyn. Dette vil for eksempel gjelde ved krav om tilstrekkelig verneutstyr på anleggsområder. Det må allikevel bemerkes at et inngrep i arbeidssøkers personlige integritet "...må begrunnes ved et dokumentert behov for å ivareta legitime formål og interesser som vurderes som tungtveiende nok i det enkelte tilfelle".⁷⁸

På den annen side kan det tenkes at et inngrep i den personlige integritet utgjør et "sammenfall av interesser".⁷⁹ Arbeidsgiver vil ha et behov for å opprettholde et forsvarlig arbeidsmiljø, mens arbeidssøker vil ha behov for å ikke bli syk. Således vil både arbeidsgiver og arbeidssøkers behov være ivaretatt.

Yrker som innebærer kontakt med næringsmidler kan gi arbeidsgiver adgang til å stille spørsmål om arbeidssøker lider av en smittsom sykdom. Her vil sikkerhetsmessige hensyn tale for et inngrep i arbeidssøkers personlige integritet og dermed være lovelig etter § 9-3. I en vurdering av hvorvidt man kan innhente opplysninger om arbeidssøker lider av en smittsom sykdom, vil smittevernregler være av relevans.⁸⁰

For det første har vi smittevernregler som omfatter matvarer. Eksempler på regelverk i forhold til matvarer var *Lov av 19. Mai 1933 nr. 3 om tilsyns med næringsmidler* og *lov av 10. Januar 1997 nr. 9 om produksjon av kjøtt*. Disse to lovene er nå, sammen med 13 andre lover, blitt erstattet helt eller delvis med *lov av 19. Desember 2003 om matproduksjon og mattrygghet mv.*⁸¹ Dette er regler som skal beskytte forbrukere og arbeidstakere mot smitte

⁷⁷ NOU 2001:4 s. 8

⁷⁸ NOU 2001:4 s. 8

⁷⁹ NOU 2001:4 s. 15

⁸⁰ NOU 2001:4 s. 29

⁸¹ NOU 2001:4 s. 29

direkte gjennom matvarer. Her er utgangspunktet at personer som har en sykdom som kan overføres gjennom det aktuelle produktet, ikke kan behandle matvarene. Det betyr at ved en stilling som for eksempel kokk, må man kunne stille spørsmål om han eller hun lider av en sykdom som vil kunne smitte gjennom tilberedning av mat. Grensen må allikevel tenkes å gå ved spørsmål som gjelder konkrete smittsomme sykdommer. For eksempel spørsmål om arbeidssøker er smittet av hiv eller aids.

For det andre har vi *lov av 5. August 1994 nr. 55 om vern av smittsomme sykdommer*.

Loven inneholder bestemmelser om bekjempelse av smittsomme sykdommer. Her stilles det spesielle krav til bestemte yrker. Dette er yrker hvor det foreligger sterke allmenninteresser som tilsier at inngrep i den personlige integritet kan være lovelig.

Arbeidssøkere til stillinger innen helsevesenet, skole og barnehager er blant de yrker hvor arbeidsgiver kan ha adgang til å stille generelle spørsmål om søker lider av en smittsom sykdom, som kan utgjøre en risiko for andre. Dersom en eventuell smittsom sykdom kan utgjøre en fare for andre, vil de kunne utgjøre en nødvendig helseopplysning som arbeidsgiver kan innhente etter § 9-3.⁸²

Risiko for smitte av sykdommer som for eksempel HIV og AIDS har skapt mye debatt i samfunnet. Derimot må det kunne legges til grunn at arbeidsgiver ikke kan innhente slike opplysninger med mindre de er saklige og det foreligger en risiko av et visst omfang i forhold til den aktuelle stillingen. Utgangspunktet er at innhenting av slike opplysninger ikke kan innhentes på bakgrunn av publikums ubegrunnede frykt og fordommer. Slike antagelser vil klart virke usaklige og uforholdsmessige og dermed være i strid med § 9-3.⁸³

En sak hvor det ble tillagt usaklige og uforholdsmessig vurderinger er fra Oslo tingrett.⁸⁴ Saken gjaldt ansettelse av en sykepleier på et sykehus. Vedkommende var innstilt til stillingen og ved en senere anledning opplyste han om at han var hiv-positiv. Innstillingen ble etter dette omgjort og søker nr. 2 ble innstilt i stedet. Retten la til grunn at opplysningene om hiv smitte var årsaken til at innstillingen ble omgjort. Dommen er et

⁸² NOU 2001:4 s. 29

⁸³ Saklighets og forholdsmessighets prinsippet i aml. § 9-1

⁸⁴ TOSL-1997-06-02 (upublisert)

signal på at det skal svært mye til for at arbeidsgiver skal kunne tillegge slike helseopplysninger vekt.⁸⁵

Til illustrasjon var det også en sak⁸⁶ hos likestillings- og diskrimineringsnemnda hvor en pasient med hiv ble nektet tannlegetjeneste på grunn av frykt for smitte. Spørsmålet i saken var om hiv positiv var omfattet av begrepet ”nedsatt funksjonsevne”, jfr. Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4. Saken ble først avvist hos likestillings- og diskrimineringsombudet og deretter tatt opp i Nemnda. Nemnda konkluderte med at hiv-positiv var omfattet av begrepet og at saken derfor må realitetsbehandles hos Ombudet. Hiv positive opplever i stor grad negativ forskjellsbehandling og kunnskapsnivået hos den norske befolkningen om hvordan hiv smitter og ikke smitter, er meget lav. Hiv-positive må på denne bakgrunn leve i frykt for å bli diskriminert og utelukket på blant annet arbeidsplassen. Illustrerende på dette området er en dom fra EF domstolen, C-404/92, hvor domstolen la til grunn at arbeidsgiver ikke kunne pålegge arbeidssøker å gjennomføre hiv-test, da dette ville være i strid med EMK artikkel 8, om den enkeltes rett til respekt for privatliv.⁸⁷ I denne sammenheng kan også Rt. 1988 s. 959 være illustrerende. Saken gjaldt spørsmål om det forelå en usaklig oppsigelse av en som var HIV- smittet og senere hadde utviklet AIDS. Arbeidsgiver mente det var fare for svikt i omsetningen på grunn av smittefrykt hos publikum. Høyesterett la til grunn at det ikke forelå en saklig oppsigelse, da det ikke var en reell smitterisiko og arbeidstakeren var fortsatt fullt arbeidsfør.⁸⁸

For det tredje vil innhenting av helseopplysninger ha betydning for arbeid som kan utgjøre en risiko for tredjepersoner og samfunnet forøvrig. Her vil det kunne stilles strenge krav til aktsomhet og forsvarlighet ved utførelse av arbeidet.⁸⁹ Blant annet må det stilles krav til at

⁸⁵ www.arbeidsrett.no Kommentar til arbeidsmiljøloven av Katrine Rygh Monsen note 10

⁸⁶ LDN 40/2011

⁸⁷ Tine Eidsvaag, Handlaus gjæte. Vern mot utstøtning og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse, s. 318

⁸⁸ NOU 2004:5 s. 427: Henki saken

⁸⁹ NOU 2001:4 s. 29 og 30

flygere og dykkere ikke lider av en sykdom som svekker deres reaksjonsevne eller handlekraft. Ved en innstilling av piloter kan for eksempel arbeidsgiver ha adgang til å innhente opplysninger om søker har epilepsi, da et anfall under takeoff eller landing kan resultere i fare for liv og helse. I slike stillinger er det viktig at offentligheten føler seg trygge på at sikkerheten overholdes og at helseopplysninger som er nødvendige for å utføre arbeidet på en tilfredsstillende måte, er innhentet før en eventuell ansettelse. Slike sikkerhetsmessige hensyn vil klart overstige vernet arbeidssøkers personlige integritet.

Yrker hvor det vil være krav til å innhente visse helseopplysninger er for eksempel innen olje og offshore, luftfart, næringsmiddelindustrien og rederivirksomhet.⁹⁰ En brannmann som ikke er i fysisk form eller som sliter med muskelplager vil for eksempel ha problemer med å utføre rednings oppdrag og få mennesker ut av bygninger. Arbeidsgiver vil i slike tilfeller synes å ha et legitimt behov for å innhente helseopplysninger som vil ha betydning for utførelsen av slikt arbeid.

Stillinger kan også bestå av arbeidsoppgaver hvor syn og hørsel vil ha betydning for utførelsen av arbeidet. En lokomotivfører må for eksempel oppfatte lydvarsler og annen taleinformasjon som kan oppstå under føring av togsett. Opplysninger om syn og hørsel vil således være nødvendige og dermed være lovelig etter § 9-3. Her vil det også kunne være aktuelt å stille spørsmål om arbeidssøker lider av alkoholproblemer, da det er forbudt å føre motorvogn i påvirket tilstand. Innhenting av helseopplysninger som kan medføre brudd på lover og regler må derfor antas å være tillatt etter aml. § 9-3.⁹¹

Når det gjelder adgangen til å innhente helseerklæringer har Breisteinutvalget uttalt at dette kan fremstå som et grovt overtramp til bruk ved ansettelse og dermed i strid med § 9-3. Et eksempel på en slik erklæring ved en restaurant lød slik:

”Jeg erklærer med dette at jeg er frisk. Dette betyr at jeg pr. dato ikke er kjent med å ha noen alvorlige sykdommer. Med alvorlige sykdommer menes kroniske lidelser som vil føre

⁹⁰ NOU 2001:4 s. 30, eksempler yrker hvor det er krav til forsvarlig og aktsom utførelse

⁹¹ NOU 2001:4 s. 9

*til gjentatt bruk av sykemelding/egenmelding, smittsomme eller dødelige sykdommer. Jeg har heller ikke barn/ektefelle som er alvorlig syk. Jeg er inneforstått med at jeg kan bli sagt opp ifra min stilling hvis jeg har unnlatt å fortelle sannheten om min eller min families tilstand. Jeg er inneforstått med at jeg selv må si opp min stilling hvis jeg i ettertid av denne erklæringen blir smittebærer av en alvorlig smittsom sykdom”.*⁹²

En slik helseerklæring vil klart utgjøre et grovt inngrep i arbeidssøkers personlige integritet og det synes ikke å foreligge noen sikkerhetsmessige hensyn som kan tilsi et lovelig inngrep i dette vernet.

På den annen side må man se hen til hvilken type stilling det gjelder. I eksempelet over var det en restaurant og her vil helseerklæring klart være i strid med § 9-3. Derimot vil det i en stilling som består av arbeid på innretninger i petroleumsvirksomhet til havs være krav til helseerklæring. Dette er av hensyn til sikkerheten for arbeidssøker selv og andre. Det fremgår av § 4 i *”forskrift om helsekrav for personer i arbeid på petroleumsvirksomhet til havs”* at:

”Den som helsekravene gjelder for, jf. § 2, skal til enhver tid inneha helseerklæring utferdiget i samsvar med bestemmelsene i denne forskrift”.

Avslutningsvis i dette punktet kan vi se at arbeidsgiver vil ha adgang til å innhente helseopplysninger dersom det er fare for liv og helse, både ut ifra hensynet til forsvarlig arbeidsmiljø og samfunnsmessige hensyn. Ut ifra de hensyn som er omtalt må det kunne antas at innhenting av helseopplysninger, som er begrunnet i vernet av helse og sikkerhet, ikke kan bli underlagt en urimelig streng vurdering.

3.2.3.3 Spørsmål om behov for individuell tilrettelegging på arbeidsplassen

Individuell tilrettelegging på en arbeidsplass er et tiltak som arbeidsgiver foretar for at arbeidsstaker skal kunne utføre arbeidet som er knyttet til stillingen, på en tilfredsstillende

⁹² NOU 2001:4 s. 45 og 46

og hensiktsmessig måte. Vurdering av behovet for tilrettelegging forutsetter at arbeidsgiver må ha en viss innsikt i arbeidssøkers helsetilstand. Spørsmål om arbeidssøker vil ha behov for individuell tilrettelegging må derfor antas å omfattes av begrepet "*helseopplysninger*".

Som tidligere nevnt⁹³ vil nødvendighetskriteriet også her stå i fokus om hvorvidt helseopplysninger som blir innhentet, er nødvendige for å gjennomføre tilrettelegging på arbeidsplassen.

Det har siden aml. 1977 loven vært et viktig formål å tilrettelegge arbeidsmiljøet på en slik måte at enhver arbeidstaker skal kunne gjennomføre de arbeidsoppgaver som stillingen krever. Etter aml. § 4-1 (4) gjelder det et generelt krav om at atkomstveier, sanitæranlegg, tekniske innretninger og utstyr "*så langt som mulig og rimelig*" skal være utformet og innrettet, slik at arbeidstakere med funksjonshemning kan arbeide i virksomheten.

Hensikten med bestemmelsen er at arbeidsgiver skal kunne ansette arbeidssøkere med nedsatt funksjonsevne, uten at arbeidsplassen skal være til hinder. Slik vil også arbeidssøker unngå å bli vurdert på urimelig grunnlag og således bli holdt utenfor arbeidslivet.⁹⁴

Det fremgår av forarbeidene at det må være tillatt å innhente opplysninger om forhold som kan ha "*...betydning for å tilpasse arbeidsmiljøet og lignende*".⁹⁵ Videre følger det av EUs rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet artikkel 5⁹⁶ at det skal foretas en rimelig tilrettelegging for å sikre prinsippet om likebehandling i forhold til "*persons with disabilities*". Plikten gjelder i forhold til et konkret individ og det er derfor ingen generell tilretteleggings plikt. Videre må det legges til grunn at "*forhold*" må begrenses til å kun omfatte forhold hos arbeidssøkers helsetilstand. Forhold som omhandler søkers familie eller søkers forhold til religion eller andre tanker, faller således utenfor.

⁹³ Innledningsvis under de to forutgående punktene 3.2.3.1 og 3.2.3.2

⁹⁴ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4. utgave s. 656

⁹⁵ Ot.prp. nr 49 s. 148

⁹⁶ 2000/78/EF

Spørsmålet blir om arbeidsgiver kan stille spørsmål om arbeidssøker har en sykdom, som gjør at det vil være nødvendig med individuell tilrettelegging i den aktuelle stillingen.

Innhenting av helseopplysninger som har til formål å avdekke behov for individuell tilrettelegging, kan skje ved ulike fremgangsmåter.

For det første kan arbeidsgiver begynne med å stille et generelt spørsmål om det vil være behov for individuell tilrettelegging og deretter stille spørsmål om hvordan slik tilrettelegging mest hensiktsmessig kan skje. Slik generell utforming må antas å være lovelig etter § 9-3. Stilling som for eksempel kontormedarbeider eller telefonselger vil kunne ha behov for tilpasning av telefon, skrivebord og kontorstol. Arbeidsgiver kan i slike tilfeller stille spørsmål som har til hensikt å avdekke et tilretteleggingsbehov. Grensen må antas å trekkes ved spørsmål som går direkte på arbeidssøkers helsetilstand. Eksempel kan være konkrete spørsmål om søker lider av en muskelsykdom som gjør at han trenger tilpasset kontorstol.

Tilfeller hvor arbeidssøker har en synelig tilstand, for eksempel en rullestolbruker, vil arbeidsgiver kunne ha en mer begrenset adgang. Arbeidsgiver kan i et slikt tilfelle ha interesse i å stille spørsmål om hvilken type tilrettelegging det vil være behov for. Det kan likevel foreligge tvil om arbeidsgiver har adgang til å innhente konkrete opplysninger om arbeidssøkers helsetilstand i et slikt tilfelle. Det må tas utgangspunkt i at det kun er adgang til å innhente helseopplysninger som vil være nødvendig for utførelse av arbeidsoppgavene. Adgangen til å stille spørsmål om *hvorfor* arbeidssøker sitter i rullestol og hvilken konkret sykdom han lider av vil ikke være nødvendig og vil derfor være i strid med aml. § 9-3.

Økonomiske hensyn kan også spille inn som et moment i forhold til arbeidsgivers adgang til å stille spørsmål om behov for tilrettelegging. Ved en mindre bedrift vil omfattende tilrettelegging kunne ha en negativ effekt på bedriftens økonomiske drift. Her kan økonomiske grunner tale for at arbeidsgiver vil ha en videre adgang til å innhente opplysninger om hvilke tiltak arbeidssøker har behov for. På bakgrunn av personlig integritet må det derimot trekkes en grense for konkrete spørsmål som kan kartlegge arbeidssøkers helsetilstand, utover det som er nødvendig for å tilpasse arbeidsplassen.

Jo større en bedrift er jo mindre vil økonomiske hensyn kunne brukes som argument for å stille spørsmål om tilretteleggingsbehov. Det fremgår av forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven at ved kravet om *plikt til universell utforming*, skal det tas hensyn til om det vil medføre ”en uforholdsmessige byrde for virksomheten”.⁹⁷ Det må kunne antas at et slikt hensyn også vil ha betydning ved vurdering av tilrettelegging i forhold til ansatte. På den annen side gjelder vurderingen om ansettelse et mer personlig forhold enn kravet til universell utforming som går mer på tilgjengelighet i det offentlige rom. Behovet for å være ute i arbeid har stor betydning for den personlig integritet og økonomisk trygghet. Her må man kunne legge til grunn at hvor man skal ta hensyn til en bedrifts økonomisk forutsetninger, må en slik vurdering tolkes strengere på arbeidsrettens område enn ved universell utforming generelt. Det må derfor foreligge tungtveiende hensyn for at man skal kunne innhente helseopplysninger på bakgrunn av økonomisk hensyn.

Videre er det viktig å se hen til de stillinger hvor individuell tilrettelegging er nødvendig for at arbeidet skal bli utført på en forsvarlig og hensiktsmessig måte. En søker som for eksempel lider av en psykisk lidelse vil kunne ha behov for redusert arbeidstid eller tilpasning av arbeidsoppgaver, for å utføre de aktuelle arbeidsoppgavene på en forsvarlig måte. I slike tilfeller vil arbeidsgiver ha et legitimt behov for å stille spørsmål om arbeidssøker har behov for individuell tilrettelegging og de vil ikke være i strid med vilkåret i § 9-3.

På hvilket tidspunkt⁹⁸ kan arbeidsgiver innhente opplysninger om tilrettelegging? Ofte kan det være mer hensiktsmessig å avvente med tilrettelegging etter at arbeidssøker har vært i arbeid en periode, for så å se hvilke tiltak som kan gjøre arbeidssituasjonen enklere for vedkommende. På den måten blir arbeidssøkers personlige integritet ivaretatt, uten at arbeidsgivers legitime behov blir tilsidesatt. Dette kan være tilfelle når arbeidssøker

⁹⁷ NOU 2009:14 punkt 18.2.1 ”Et helhetlig diskrimineringsvern” og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9.

⁹⁸ Masteroppgave fra 2006 ”Om arbeidsgivers adgang til å hente inn helseopplysninger gjennom samtale med arbeidssøker” s. 36

lider av en type allergi som ikke vil vises før på et senere tidspunkt, for eksempel sensitivitet for sterke lukter på arbeidsplassen. Hvor hensiktsmessig det vil være å stille spørsmål om tilrettelegging kan derfor skape tvil.

På den annen side kan behovet for å forebygge helseplager hos ansatte tale for innhenting av slike opplysninger på et tidlig stadie. Her vil det ha stor betydning for arbeidsgiver å få tilgang til tilretteleggingsbehov så tidlig som mulig, slik at han kan ta forhåndsregler og tilpasse arbeidsplassen på en tilfredsstillende måte.

Etter aml. § 4-3 er det krav til *”det psykososiale arbeidsmiljøet”* hvor ... *”Arbeidet skal legges til rette slik at arbeidstakers integritet og verdighet ivaretas”*. Forarbeidene har ikke kommet med noen uttalelse om hvor grensene skal trekkes i forhold til arbeidssøkers psykiske helsetilstand. Spørsmålet blir om arbeidsgiver vil være pliktig til å foreta individuell tilrettelegging på bakgrunn av arbeidssøkers psykiske helsetilstand. Her må man se hen til arbeidssøkers subjektive oppfatning av arbeidssituasjonen og hva som kan anses som en belastning. En søker som for eksempel lider av en bipolar lidelse vil kunne ha behov for kortere arbeidstid, fleksitid, oppfølging og samtaler med bedriftslege. På den annen side er det viktig å merke seg at arbeidssøkers subjektive oppfatning av arbeidsplassen, ikke utløser en tilretteleggingsplikt for arbeidsgiver.⁹⁹

3.2.3.4 Spørsmål om arbeidssøkers personlige forhold

Et formål ved intervju av arbeidssøker er at arbeidsgiver skal få et bedre bilde av om søker er skikket til den aktuelle stillingen. Arbeidsgiver kan ønske å stille en rekke ulike spørsmål i interesse av å bli bedre kjent med ham. På den måten kan han foreta en forsvarlig¹⁰⁰ vurdering av om arbeidssøker vil være den rette personen for stillingen eller ikke. Generelle spørsmål om for eksempel arbeidssøkers hobbyer, aktiviteter og eventuelle idrettsverv kan gi en indikasjon på arbeidssøkers generelle helse. Slike spørsmål vil

⁹⁹ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 642

¹⁰⁰ Nøkk saken og Kårstø-dommen; alminnelige saklighetsnormer. Se også s. 21 i oppgaven

derimot ikke berøre arbeidssøkers helsetilstand direkte og arbeidsgiver kan som utgangspunkt innhente slike opplysninger, uten at det vil være i strid med § 9-3.

På den annen side kan arbeidsgiver ha en annen agenda enn å kartlegge søkers karaktertrekk. For å avgjøre hvorvidt arbeidsgiver handler i strid med aml. § 9-3, må man se hen til stillingens art og formålet bak de spørsmålene som arbeidsgiver stiller til arbeidssøker. Dersom hensikten med spørsmålene er å indirekte innhente helseopplysninger som ikke er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen, vil de være i strid med aml. § 9-3.

Spørsmål om søkers personlighet kan for eksempel være generelle spørsmål om han eller hun driver med noen form for aktivitet på fritiden eller er opptatt av et sunt kosthold. Når arbeidssøker svarer på slike spørsmål kan det være vanskelig å avgjøre om det er en indirekte form for å kartlegge vedkommendes helsetilstand eller om det kun er ment som en vurdering av arbeidssøkers karakter.

Hvor skal grensen trekkes for når arbeidsgiver innhenter helseopplysninger eller om han kartlegger arbeidssøkers personlighet?

I noen yrker kan det være behov for å stille spørsmål om arbeidssøkers livsstil. Stillinger som består av å selge et produkt som representerer en sunn livsstil, kan kreve at arbeidssøker fremstår som sunn og aktiv, slik at han fremstår som en god talsperson for produktet. For eksempel vil en arbeidsgiver som skal ansette en til å selge et kostholdsprodukt være interessert i at personen fremstår som sunn og aktiv overfor kundene. På den måten blir produktet mer attraktivt for kunden og øker virksomhetens aktiva.

Motsetningsvis vil spørsmål om en persons aktiviteter og kosthold ikke være av tilsvarende relevans ved stillinger ved for eksempel regnskapsfører. I slike tilfeller vil det synes som arbeidsgiver vil kartlegge arbeidssøkers helsetilstand indirekte og slike spørsmål vil være i strid med § 9-3.

I enkelte tilfeller vil arbeidssøkers fysikk og personlige egenhet fremstå som mer tydelig, slik at arbeidsgiver ikke vil ha behov for å innhentet opplysninger direkte. En arbeidssøker

som for eksempel røyker eller er overvektig vil kunne gi uttrykk for en usunn livsstil som kan resultere i høyt sykefravær eller andre ulemper ved utførelse av arbeidet.

Kan arbeidsgiver tillegge slike observasjoner vekt ved vurdering av ansettelse?

På den ene siden tilsier ordlyden ”innhente” i § 9-3 at slike observasjoner ikke kan omfattes av forbudet, da arbeidsgiver ikke har innhentet opplysninger fra arbeidssøker direkte.¹⁰¹

Bestemmelsen forutsetter at arbeidsgiver enten har bedt om opplysninger fra arbeidssøker eller iverksatt andre tiltak. Observasjoner synes derfor å ligge utenfor bestemmelsens anvendelses område og arbeidsgiver kan således tillegge slike observasjoner vekt. Ved slike situasjoner kan det være vanskelig å påvise om slike observasjoner har vært grunnlag for en eventuell urimelig avvisning av arbeidssøker.

Derimot må man se hen til formålet bak § 9-3. Et av hovedhensynene er at arbeidssøkere ikke skal bli holdt utenfor arbeidslivet på urimelig grunnlag. Ved at arbeidsgiver tillegger slike observasjoner avgjørende vekt, vil arbeidssøker risikere å møte en urettmessig utestegning fra arbeidslivet. Det må derfor legges til grunn at slike observasjoner kun kan tillegges vekt hvor det vil være *nødvendig* ut ifra de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. Ved ansettelse av en talsperson for et kosttilskudd eller en foredragsholder ved et seminar for overvektige, vil arbeidsgiver anta å kunne sette visse krav til arbeidssøkers personlige fremtreden. Slike spørsmål vil som sagt variere fra stilling til stilling og spørsmål om kosthold vil ikke være en nødvendig opplysning i forhold til arbeid som saksbehandler.

Problematikken rundt røykere har i det siste blitt mer og mer aktuell. Spørsmålet blir om arbeidssøkers røykevaner utgjør nødvendige helseopplysninger, som arbeidsgiver kan ha rett å innhente?

I en artikkel i dagens næringsliv vises det til at enkelte bedrifter velger å ikke ansette røykere. Spesielt i den private sektoren hvor arbeidsgiver står friere til å velge hvem som ansettes, kan det tenkes at jobbnekt for røykere vil forekomme. I de tilfeller hvor røyking kan medføre en særlig helsefare i forbindelse med arbeidssituasjonen, vil det derimot klart

¹⁰¹ Oppgavens punkt om innhenting, s. 23 flg.

være lovelig å stille spørsmål om røykevaner etter § 9-3. Særlig helserisiko kan for eksempel forekomme i visse typer industriproduksjon. På den annen side må man i stillinger hvor arbeidssituasjonen for røykere, ikke utgjør en særlig helserisiko, merke seg prinsippet om rett til privatliv i EMK artikkel 8.¹⁰²

Vil således spørsmål om røykevaner utgjøre et uforholdsmessig inngrep i den enkeltes private sfære?

For det første er røyking et personlig valg som hver enkelt har en rett til å selv bestemme over. På den annen side kan arbeidsgiver ha en legitim interesse i å vite om den han ansetter røyker. Slik interesser hos arbeidsgiver vil kunne begrunnes ut ifra hensyn til de helseskader som følger med røykning og i forhold til eventuelle konsekvenser, i form av sykefravær og redusert arbeidskraft.

Et annet personlig forhold er opplysninger om graviditet. Hvorvidt arbeidsgiver kan innhente opplysninger om arbeidssøker er gravid, har lenge vært et uklart og omstridt spørsmål. Det har lenge vært hevdet i juridisk teori at graviditet er en helseopplysning og som da skal omfattes av § 9-3. Her må nødvendighetskriteriet anvendes når man skal avgjøre om et slikt spørsmål er lovelig.¹⁰³ Spørsmål om graviditet og familieførøkelse er nå lovmessig avklart i likestillingsloven § 4 og det er etter gjeldene rett ikke tillatt å innhente slike opplysninger:

”I ansettelsesprosessen, herunder under intervju, må ikke arbeidsgiver be om at søker, uavhengig av kjønn, skal gi opplysninger om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte”.

Av hensyn til arbeidssøkers personvern og grunnleggende prinsipper om rett til privat liv, tilsier dette at arbeidsgiver bør vise en varsom tilnærming i forhold til å stille spørsmål

¹⁰² Dagens næringsliv 4. april 2012

¹⁰³ Johansen/Stueland, *Arbeidsmiljøloven kommentarer og praksis* s. 288

angående arbeidssøkers personlige forhold. Det er kun i de ytterste tilfeller at personlige spørsmål vil være nødvendige og da i tråd med aml. § 9-3.

3.2.3.5 Spørsmål om stabilitet og tidligere sykefravær

Breisteinutvalget bruker ordlyden *”nåværende og mulige fremtidige helsetilstand”* for å beskrive hva som kan anses som helseopplysninger.¹⁰⁴ Videre foreslo flertallet i Breisteinutvalget en regel om at arbeidsgiver skal kunne stille arbeidssøker spørsmål om tidligere sykefravær, men presiserte at årsaken til sykefraværet fortsatt ville være omfattet av forbudet om å innhente helseopplysninger. Begrunnelsen var at flertallet mente *”slike opplysninger kan være nødvendig for å vurdere arbeidssøkers evne til å utføre arbeidet”*.¹⁰⁵ Etter dette vil det kunne synes at det er adgang til å innhente tidligere sykefravær.

Mindretallet mente derimot at det i en slik regel *”ikke vil være mulig å ta opp spørsmål om tidligere sykefravær uten at også spørsmål om personens helsetilstand samtidig ville måtte komme opp”*.¹⁰⁶ Departementet og arbeidslivlovutvalget var enig mindretallets vurdering og uttalte at *”...det ikke er hensiktsmessig å forslå en slik regel”*.¹⁰⁷

I juridisk teori er det blitt lagt til grunn at tidligere sykefravær omfattes av begrensningen i aml. § 9-3 på bakgrunn av departementet og arbeidslivlovutvalgets oppfatning.¹⁰⁸

På bakgrunn av de ulike oppfatningene som omhandler sykefravær, må man se hen til de formål som bestemmelsen bygger på og foreta en avveining av de ulike hensyn.

¹⁰⁴ NOU 2001:4 s. 8

¹⁰⁵ Ot. prp nr. 49 s. 149 første spalte

¹⁰⁶ Ot. Prp nr 49 s. 149 første spalte

¹⁰⁷ Ot. Prp nr 49 s. 149 første spalte

¹⁰⁸ Jakhelln/Aune arbeidsrett.no s. 376 note 10

Opplysninger om tidligere sykefravær kan fremstå som en indirekte fremgangsmåte for arbeidsgiver til å få innsikt i arbeidssøkers nåværende og/eller fremtidige helsetilstand. Ordlyden i § 9-3 ”*knytter seg til stillingen*” stiller et krav til at opplysningen må ha en direkte sammenheng med arbeidsoppgavene som skal utføres. Ved at tidligere sykefravær kun sier noe om en tidligere utførelse og ikke noe om søkers egnethet på nåværende tidspunkt, trekker det i retning av at slike spørsmål som utgangspunkt vil være i strid med § 9-3.

Ordlyden i aml. § 9-3 taler således for at arbeidsgiver kun kan legge vekt på tidligere sykefravær dersom sykefraværet er nødvendig for at arbeidssøker skal være skikket til å utføre arbeidet på en tilfredsstillende eller forsvarlig måte.

Arbeidsgivers legitime behov for å få informasjon om arbeidssøkers tidligere sykefravær kan trekke i retning av at sykefravær omfattes av § 9-3. Dersom arbeidssøker har et høyt sykefravær fra en tidligere stilling, kan det gi en indikasjon på søkers nåværende helsetilstand. Høyt sykefravær kan resultere i utgifter i form av sykepenger, trygd og redusert arbeidskraft. Slike utgifter kan føre til store økonomiske konsekvenser for den aktuelle virksomheten. Dersom det gjelder en større bedrift vil et slikt hensyn ikke være like relevant som ved en mindre bedrift. En bedrift med få ansatte og få midler, pådra seg store økonomiske problemer dersom en ansatt er fraværende fra arbeidet. Derimot kan arbeidstakers fravær ved en større bedrift også få betydning hvor arbeidsoppgavene er basert på stor grad av selvstendighet. Hvor arbeidsgiver skal ansette en kunster, til for eksempel å utarbeide en statue, kan høyt sykefravær resultere i at prosjektet ikke blir ferdig til avtalt tidspunkt. I slike situasjoner kan arbeidsgiver ha et legitimt behov for å innhente opplysninger om tidligere sykefravær for å få innsikt i arbeidssøkers stabilitet. Likeledes vil en stilling som prosjektansvarlig bestå av arbeidsoppgaver som krever at arbeidstaker er til stede under arbeidsprosessen slik at arbeidet har stabil progresjon. Dette taler for at vilkåret om nødvendighet er oppfylt og sykefravær kan bli innhentet etter § 9-3.

På den annen side har vi hensynet til arbeidssøkers behov for å delta i arbeidslivet.

Menneskers rett til å være i jobb er et grunnleggende og fundamentalt hensyn som vil ha en stor personlig egenverdi for alle mennesker, både i forhold til personlig økonomi og

selvfølelse. Dersom arbeidssøker har hatt et høyt sykefravær ved en tidligere stilling, vil ikke dette automatisk tilsi at det er et vedvarende problem hos søker. Arbeidssøker kan for eksempel ha vært utsatt for en ulykke eller en langvarig sykdom, som har resultert i høyt sykefravær i en begrenset periode. Det vil da virke svært urimelig overfor arbeidssøker at slike opplysninger skal ha innvirkning på et senere tidspunkt, hvor sykdommen ikke lenger er av betydning for hans arbeidsevne. Videre kan arbeidssøker lide av en psykisk lidelse som gjør at han vil være fraværende i perioder. Slike hensyn taler for at arbeidsgiver handler i strid med § 9-3 dersom han stiller spørsmål til arbeidssøker om tidligere sykefravær.

På grunn av den usikkerheten som foreligger på dette området, både i forarbeider og teori, er det vanskelig å konstatere en generell løsning. Her må løsningen bli å holde seg til ordlyden og foreta en avveining av de ulike hensyn som er aktuelle i forhold til arbeidsoppgaven som knytter seg til stillingen. Videre må det bemerkes at tidligere sykefravær kan gi et skjeft bilde av arbeidssøkers helsetilstand og således vektlegge bestemmelsens formål om å hindre at arbeidssøker på urimelig grunnlag holdes utenfor arbeidslivet.

3.2.3.6 Spørsmål om arbeidssøkers psykiske helsetilstand

I arbeidsmiljøet er det ikke bare fysiske belastninger som arbeidstaker kan utsettes for. En arbeidssøker kan i visse yrker bli utsatt for et stort arbeidspress i form av høyt tempo, som kan resultere til stress eller andre psykiske plager. Arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger om søkers psykiske helse er ikke direkte berørt i forarbeidene. Derimot ble det henvist til helseregisterloven § 2 som definerer helseopplysninger som ”...*nåværende og fremtidige, fysiske eller psykiske tilstand*”¹⁰⁹. Etter forståelse av ordlyden er det klart at psykisk helse også er en helseopplysning som omfattes av § 9-3.

¹⁰⁹ Se s. 26 i oppgaven og NOU 2001:4 s. 20

Spørsmålet blir om helseopplysninger vedrørende arbeidssøkers psykiske helsetilstand er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen.

Dette vil som sagt variere fra stilling til stilling, men på grunn av at opplysningen bærer preg av et mer personlige forhold, kan det også variere fra person til person. Således blir det en konkret helhetsvurdering av arbeidssøker og stillingen.

Innhenting av psykiske helseopplysninger kan gjennomføres ved å stille enkle spørsmål som har betydning for utførelse av arbeidsoppgavene. Slike spørsmål kan for eksempel være hvordan arbeidssøker vil takle høyt tempo, tidsfrister, samarbeid med klienter osv. I en stilling som for eksempel kundebehandler består arbeidsoppgavene av å ha fysisk kontakt med kunder, ofte per telefon eller ved personlig møte. Her vil arbeidsgiver ha et legitimt behov for å stille spørsmål om hvordan arbeidssøker vil håndtere en situasjon hvor kunden blir sint og som kan gi utslag i en stressende situasjon. En arbeidssøker som sliter med psykiske problemer i form av angst eller som har konflikthet, vil i en slik situasjon kunne oppfatte en slik situasjon som så ubehagelig at han ikke vil være egnet til å utføre arbeidet som stillingen krever.

Samtidig vil det ved stillinger som består av høyt arbeidspress og konkurranse mellom arbeidstakere, foreligge en risiko for utbrenthet eller andre psykiske lidelser. Lederstillinger vil som sådan være mer utsatt enn stillinger med mindre ansvar. Stilling som politimester i Oslo kommune vil blant annet kreve stor psykisk styrke og en god evne til å håndtere krisesituasjoner. På den bakgrunn vil det kunne være en bredere adgang til å innhente psykiske helseopplysninger om arbeidssøker enn ved en stilling som kontormedarbeider. På den annen side vil arbeidssøker ha et like stort behov for personvern i begge stillinger. Her må således arbeidsgivers behov veie tyngre enn arbeidssøkers behov for personvern, for at innhenting skal være lovelig etter § 9-3.¹¹⁰ Sikkerhetsmessige hensyn i forhold til vern av arbeidssøker, samfunnsmessige verdier og tredjepersoner vil kunne utgjøre slikt behov som kan gi adgang til å innhente helseopplysninger etter § 9-3.

¹¹⁰ NOU 2001:4 s. 106

Ved innhenting av psykiske helseopplysninger kan det være spesielt vanskelig å trekke en grense mellom hvilke spørsmål som har til formål å kartlegge søkers personlige egenskaper og de tilfeller hvor det stilles konkrete spørsmål om arbeidssøkers psykiske helsetilstand. Som nevnt tidligere¹¹¹ vil informasjon om arbeidssøkers personlighet ikke være i strid med forbudet i § 9-3. Siden psykiske helseopplysninger kan ha en nær tilknytning til arbeidssøkers personlighet, taler det for at arbeidsgiver bør vise aktsomhet i forhold til å formulere spørsmålene på en tydelig måte. Videre må man ta i betraktning at arbeidssøker kan føle det som inngripende å bli stilt spørsmål som omfatter hans psykiske helsetilstand. Også menneskerettslige prinsipper, som rett til privat liv etter EMK artikkel 8, rettssikkerhet og personlig frihet, taler for at arbeidsgiver ved slike situasjoner bør vise diskresjon.

Hvilke psykiske helsetilstander bemerker seg i jobbsammenheng og således gir grunnlag for innhenting etter § 9-3?

Lidelser som depresjon, utbrenthet og psykosomatiske lidelser er tilstander som kan merkes i jobbsammenheng. Depresjon kan blant annet påvirke konsentrasjonen og oppmerksomheten, og kan forsterkes ved langvarig stress. Ved utbrenthet kan så vel fysiske sykdommer bidra til økt sårbarhet for utmattelsesreaksjoner, som igjen kan føre til følelsesmessig utmattelse, sviktende engasjement og opplevelse av å gjøre en dårlig jobb. Videre kan psykiske lidelser også føre til fysiske plager som kan ”...*påvirke muskler, tarm, hjerte og andre organer*”¹¹².

Behandling kan skje gjennom samtaleterapi, men det kan også være aktuelt med medisiner. Spørsmål om arbeidssøker bruker noen form for medikamenter kan også gi en indikasjon på søkers *psykiske helsetilstand*¹¹³ og vil derfor være omfattet av begrepet *helseopplysninger*.¹¹⁴

¹¹¹ Punkt 3.2.3.4 om arbeidssøkers personlige forhold

¹¹² www.psykiskhelse.no: Rådet for psykisk helse sitt hefte om ”*psykiske problemer og jobb, råd og fakta om oppfølging av medarbeidere*”.

¹¹³ Tilsvarende ved bruk av medisiner til behandling av fysiske helseplager. Som for eksempel sterke smertestillende ved muskelpleger.

Bruk av medisiner kan svekke reaksjonsevnen og kan utgjøre en risiko for fare i forhold til arbeidssøker eller andre. Arbeidsgiver kan ved slike tilfeller ha en legitim interesse i å innhente opplysninger om arbeidssøkers medisinbruk. Spesielt i yrker hvor stillingen består av et ansvar for andres liv og helse, som piloter eller yrkessjåfører, kan arbeidsgiver ha adgang til å stille slike spørsmål.¹¹⁵

Arbeidsgiver vil etter dette antas å ha adgang til å stille generelle spørsmål om arbeidssøker anvender medisiner eller lider av en psykisk helsetilstand som kan påvirke utførelsen av arbeidsoppgavene. Derimot må det avgrenses mot spørsmål som går på hvilke type medisiner arbeidssøker bruker, slik informasjon vil ikke ha betydning for utførelse av arbeidet og vil således være i strid med § 9-3.

På den annen side taler hensynet til arbeidsgivers behov for å oppklare hvilke begrensinger helsetilstanden kan ha for utførelsen av arbeidet. For å kunne avdekke slike begrensinger er det nødvendig for arbeidsgiver å ha innsikt i omfanget av arbeidssøkers psykiske helsetilstand. Det vil derfor kunne antas å være adgang til å stille spørsmål om arbeidssøkers psykiske helsetilstand etter § 9-3, dersom de er nødvendige for utførelsen av arbeidsoppgavene og hensynet hos arbeidsgiver ”...klart veier tyngre enn behovet for integritet”.¹¹⁶

3.2.3.7 Spørsmål om søker har en sykdom som er uforenelig med den aktuelle stillingen.

I forarbeidene har det blitt uttalt at arbeidsgiver kan stille spørsmål til arbeidssøker om han lider av en sykdom som vil være ”uforenelig med den aktuelle stilling”.¹¹⁷ Hva som ligger

¹¹⁴ Jf. Ot. Prp. nr. 5 (1999-2000) beskrivelse av begrepet helseopplysning: ”...inkludert opplysninger om medisin og narkotikamisbruk.” jfr. NOU 2001:4 s. 20

¹¹⁵ Psykiskhelse.no: Rådet for psykisk helse sitt hefte om ”psykiske problemer og jobb, råd og fakta om oppfølging av medarbeidere” s. 17

¹¹⁶ NOU 2001:4 s. 106

¹¹⁷ Ot. Prp. nr. 49 s. 149 første spalte

i uttrykket *uforenelig* er ikke klarlagt noe nærmere. Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier det at man må bruke en streng fortolkning av begrepet. En sykdom som er uforenelig tilsier at det foreligger en tilstand som gjør det umulig å gjennomføre arbeidsoppgavene på en forsvarlig og tilfredsstillende måte. En sykdom som er uforenelig i forhold til den aktuelle stillingen, trekker i retning av at det heller ikke vil være mulig å foreta tiltak i form av tilrettelegging, slik at arbeidssøker kan tiltre stillingen på en forsvarlig måte. Dersom stillingen har muligheter for å tilpasse arbeidet ut i fra forholdsmessige tiltak, vil den ikke anses som ”uforenelig”.

Helsetilstander som vil være uforenelig med stillingen, vil for eksempel gjelde til stillinger som kjørelærer og hvor arbeidssøker er svaksynt. Ved tilsvarende stilling vil det derimot være i strid med § 9-3 å innhente helseopplysninger dersom arbeidssøkeren er lam og det vil være fullt mulig å tilrettelegge med for eksempel bremse og gass funksjoner på rattet.

Som ved andre tilfeller vil det også her være ulike måter en arbeidsgiver kan utforme sine spørsmål til arbeidssøker på.

Hensynet til personvern taler for en begrenset adgang for arbeidsgiver til å stille direkte spørsmål om arbeidssøker har en sykdom, som gjør at man ikke vil kunne utføre det aktuelle arbeidet. I så tilfelle må det gjelde helseopplysninger som vil ha en direkte og nødvendig sammenheng med utførelsen av arbeidet. Dersom stillingen innebærer særskilt fare for eksponering for stoffer eller stråling må det kunne antas at arbeidsgiver for eksempel kan stille spørsmål om en kvinnelig arbeidssøker er gravid.¹¹⁸

Samtidig vil det være adgang for arbeidsgiver til å stille spørsmål om arbeidssøker har en sykdom som vil være uforenelig med stillingen, uten å stille konkrete spørsmål om sykdommen. Dette vil klart være lovelig etter § 9-3.

Et grensetilfelle kan tenkes å gjelde sykdommer som gir stor risiko for sykefravær. Dersom arbeidssøker lider av en sykdom, for eksempel leddgikt, kan det resultere i at fraværet vil fremstå som uforenelig i forhold til den aktuelle stillingen. Ordlyden ”uforenelig” skal

¹¹⁸ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4. utgave s. 206.

tolkes strengt og stillingen må derfor kreve et sterkt behov for stabilitet og tilstedeværelse hos arbeidstaker.¹¹⁹

3.3 Arbeidsivers adgang til å foreta medisinske undersøkelser av arbeidssøker

3.3.1 Innledning

Breisteinutvalget valgte å omfatte medisinske undersøkelser under behandlingen av utredningen av *”helseopplysninger i arbeidslivet”*¹²⁰. Selv om innhenting av helseopplysninger og medisinsk undersøkelse bruker to forskjellige metoder er resultatet det samme, informasjon om en persons helsetilstand. Medisinsk undersøkelse er en undersøkelse som har til formål å innhente helseopplysninger og omfattes derfor av oppgavens ordlyd. Medisinsk undersøkelse kan være nødvendig for å avklare om en person er skikket til den aktuelle stillingen, men i likhet med § 9-3 kan det også medføre risiko for at en søker blir holdt utenfor arbeidslivet på urimelig grunnlag.

En medisinsk undersøkelse kan være generell eller den kan være målrettet. Med generell siktes det til en vurdering av arbeidssøkers allmenn tilstand og eventuelle mulige lidelser. Når en arbeidssøker blir undersøkt for en spesifikk sykdom vil undersøkelsen derimot være målrettet. Dette kan blant annet være tilfelle hvor man skal ansette til en stilling som innebærer eksponering av bestemte stoffer eller stråling.¹²¹

¹¹⁹ Se s. 45 i oppgaven, stillinger som krever høy grad av selvstendighet har et sterkt behov for stabilitet hos arbeidssøker.

¹²⁰ NOU 2001:4 s. 19

¹²¹ NOU 2001:4 s. 19

Betegnelsen *”medisinsk undersøkelse”* har breisteinutvalget beskrevet slik:

*”Det er en undersøkelse av en person- en pasient- med tanke på å avdekke en mulig sykdom, skade eller lyte, med sikte på å behandle eller forebygge sykdom, eller utskrivning av attest, bekreftelse eller erklæring om vedkommendes helse”.*¹²²

En slik undersøkelse kan skje gjennom samtale med arbeidssøker. Her kan det stilles spørsmål som retter seg mot sykdom i familien, sosiale forhold, tidligere sykdommer, aktuelle symptomer og sykdommer, kroppsfunksjoner og levevaner. Videre kan en medisinsk undersøkelse bestå av å lytte på hjerte og lunger, og det kan bestå av å gjøre undersøkelser av biologisk materiale eller andre undersøkelser av tester som for eksempel syn, hørsel, røntgenundersøkelse osv. Det presiseres i forarbeidene at også psykologiske undersøkelser omfattes av ordlyden.¹²³

3.3.2 Formålet med medisinske undersøkelser

Utgangspunktet for å foreta medisinske undersøkelser i arbeidslivet er å *”forebygge helseskader som følge av arbeidet eller arbeidsmiljøet.”*¹²⁴ Undersøkelser hvor formålet ikke knytter seg til arbeidet, vil således være i strid med aml. § 9-4.

Flere hensyn kan begrunne et tiltak om medisinsk undersøkelse av arbeidssøker. Det vil være formål som ivaretar arbeidssøker på den ene side og arbeidsgiver på den andre siden. Det rettslige utgangspunktet er at enhver helsekontroll må anses som et inngrep i arbeidssøkers personlige integritet. Slike undersøkelser er derfor begrenset til å kun gjelde i strengt nødvendige tilfeller. For at en medisinsk undersøkelse skal kunne overveie en eventuell integritetskrenkelse, må det foreligge et særlig sterkt behov og det må foretas en konkret avveining mellom de ulike interesser.¹²⁵

¹²² NOU 2001:4 s. 19

¹²³ NOU 2001:4 s. 19 og 20

¹²⁴ NOU 2001:4 s. 106

¹²⁵ NOU 2001:4 s. 106

Vern av arbeidssøkers personvern er blant annet ivaretatt gjennom grunnleggende menneskerettslige prinsipper. Eksempler kan være arbeidssøkers behov for diskresjon, fullstendighet, innsyn og privatlivets fred. Blant annet har vi EMK artikkel 8 som verner om retten til respekt for privatliv og familieliv. Slike individuelle prinsipper vil være tungtveiende hensyn ved vurderingen av medisinske undersøkelser. Derimot har man også tungtveiende hensyn på det kollektive nivå som forsterker arbeidssøkers personvern. Her har vi hensynet til behovet for en *”borgervennlig forvaltning, et robust samfunn og et begrenset overvåkningsnivå”*¹²⁶.

Arbeidssøkers behov for å unngå å pådra seg sykdom er også et relevant moment. På den måten vil det foreligge et sammenfall av interesser, da det både er i arbeidsgivers og arbeidssøkers interesse i å unngå risiko og fare i forbindelse med arbeidet.¹²⁷

Arbeidsgiver vil som utgangspunkt ha et behov for å avdekke om arbeidssøker er egnet og skikket til den aktuelle stillingen. Som en følge av at arbeidsgiver har en plikt til å ivareta et forsvarlig arbeidsmiljø etter aml. § 4-1, kan det foreligge tilfeller hvor arbeidsgiver må foreta medisinsk undersøkelse. Ved at arbeidsgiver tar forhåndregler før ansettelse, kan man forhindre å ansette en person som ikke er helsemessig skikket til å utføre arbeidsoppgavene. Dette er særlig aktuelt i forhold til yrkesgrupper som innebærer risiko for fysiske eller psykiske skader. En pilot må blant annet oppfylle strenge krav til aktsomhet og reaksjonsevne, slik at ikke andres liv settes i fare. Hensynet til smittevern vil også ha betydning for hvorvidt arbeidsgiver kan kreve medisinsk undersøkelse. Dette gjelder spesielt i yrker som består av arbeid med næringsmidler som krever en høy grad av hygiene.¹²⁸

Videre kan det være behov for å ta hensyn til forretningsmessige aspekter. Sykdom hos arbeidssøker kan resultere i økonomiske konsekvenser, i form av utgifter til sykepenger

¹²⁶ NOU 2001:4 s. 107. Oppsummering av de tre kollektive interessene som Breistein utvalget omtaler en del av ”interessemodellen”.

¹²⁷ NOU 2001:4 s. 15

¹²⁸ NOU 2001:4 s. 115 og Henning Jakhelln, oversikt over arbeidsretten 4. utgave s. 413.

eller nedsatt arbeidskraft.¹²⁹ Et slikt økonomisk aspekt vil klart ha ulik betydning i forhold til virksomhetens størrelse og aktiva. Jo mindre bedriften er, jo mer betydning vil sykefravær ha for virksomhetens videre drift. Konsekvensene av dette kan bli at flere arbeidsplasser går tapt på grunn av konkurs eller nedbemanning.

3.3.3 I hvilke tilfeller er det anledning til å foreta medisinske undersøkelser av arbeidssøker?

Etter aml. § 9-4 første ledd kan arbeidsgiver:

”...bare kreve at medisinske undersøkelser skal foretas:

- a) når det følger av lov eller forskrift,*
- b) ved stillinger som innebærer særlig risiko,*
- c) når arbeidsgiver finner det nødvendig for å verne liv eller helse.”*

Det følger av første ledd at medisinske undersøkelser kun kan foretas når arbeidsgiver *”krever”* en slik undersøkelse ut ifra hensynene i bokstav a til c. Det må bemerkes at et slikt krav kun kan stilles av arbeidsgiver som et vilkår for å bli ansatt, og ikke som et absolutt krav til å gjennomføre undersøkelsen.¹³⁰ Når et av vilkårene i bokstav a til c er oppfylt, gir ordlyden *”skal”* arbeidsgiver hjemmel til å pålegge medisinsk undersøkelse av arbeidssøker. Dette er i motsetning til for eksempel aml. § 10-11 som kun gir arbeidsgiver *adgang* til å tilby medisinsk undersøkelse ved nattarbeid.¹³¹

Det første vilkåret for at arbeidsgiver skal kunne kreve medisinsk undersøkelse følger av § 9-4 (1) a. Det må foreligge en klar hjemmel for å foreta medisinsk undersøkelse jfr.

¹²⁹ NOU 2001:4 s. 16 ”økonomiske betraktninger”

¹³⁰ Tine Eidsvaag, Handlaus gjæte. Vern mot utstøtning og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse, s. 194

¹³¹ www.arbeidsrett.no; Kommentar til arbeidsmiljøloven av Kathrine Rygh Monsen.

”...følger av lov eller forskrift”. Eksempel ser vi i losloven av 16. Juni 1989 § 19 tredje ledd hvor det stilles krav til helbred, syn, fargesans, hørsel og edruelighet.

For det andre kan en undersøkelse være begrunnet i at stillingen ”...innebærer særlig risiko”.¹³² Med ”særlig risiko” menes stillinger som krever en høy grad av oppmerksomhet og aktsomhet hos arbeidstaker. Dette gjelder spesielt i situasjoner hvor en uriktig handling eller unnlatelse, kan føre til betydelige skader på arbeidsmiljøet, tredjepersoner eller samfunnet for øvrig.¹³³

Utgangspunktet er at det må foreligge tungtveiende hensyn som taler for å gjøre inngrep i arbeidssøkers personvern. Yrker hvor det stilles strenge krav til å håndtere kritesituasjoner eller hvor stillinger innebærer særlig fare og risiko utgjør et behov for sterke sikkerhetsmessige hensyn. Stillinger som for eksempel består av håndtering av kjemikalier eller eksplosiver krever at sikkerheten får første prioritet fremfor personlig integritet.¹³⁴ En særlig form for medisinsk undersøkelse er rusmiddeltesting. Departementet sa seg enig i Arbeidslivslovutvalgets uttalelse om at rusmiddeltesting vil være tillatt dersom vilkårene i bestemmelsen er til stede og at det ikke var behov for å nevne dette eksplisitt i bestemmelsen. Derimot er det kun adgang til å foreta slik testing når det er strengt nødvendig og hvor det foreligger en konkret mistanke om rusmiddelpåvirkning.¹³⁵ Her må man bemerke at i perioden før ansettelse kan det være vanskelig å påvise en konkret mistanke i forhold til arbeidssøker. Rusmiddeltesting vil nok synes mer relevant ved undersøkelse av en arbeidstaker, da en mistanke om beruselse vil være mer fremtredende over tid. Som et eksempel kan tenkes en situasjon hvor arbeidstaker gjentatte ganger fremtrer som sløv og fraværende på arbeidsplassen. Ved en slik situasjon må forholdet vurderes ut ifra den aktuelle stillingen og om det foreligger en risiko eller fare. En person i ruspåvirket tilstand får sin reaksjonsevne betydelig svekket og kan som følge av dette utgjøre en særlig risiko for seg selv eller andre.

¹³² Ot. prp nr. 49 s. 149 andre spalte

¹³³ Ot. prp nr. 49 s. 149 andre spalte

¹³⁴ www.arbeidsrett.no; Kommentar til arbeidsmiljøloven av Kathrine Rygh Monsen.

¹³⁵ Ot. prp nr. 49 s. 149 andre spalte

På den annen side vil en stilling som kontormedarbeider ikke utgjøre en tilsvarende risiko som ved en stilling som kranfører. Vurderingen etter § 9-4 bokstav b må derfor tas på bakgrunn av den aktuelle stillingen.

For å illustrere hensynet til *særlig risiko* har vi en dom fra den Svenske Arbetsdomstolen AD 1998:97. Saken gjaldt hvorvidt arbeidsgiver hadde adgang til å foreta rusmiddeltest av en ansatt ved et kjernekraftverk. Den ansatte var renholder ved virksomheten og hevdet at hun ikke var forpliktet til å gjennomføre en slik test, på bakgrunn av at hun ikke hadde tilgang til lokaler som innebar strenge sikkerhetskrav. Domstolen kom til at arbeidsgiver hadde rett til å stille krav til narkotikatest, men ikke alkoholtest. Dommen ble brakt videre til EMD for brudd på EMK artikkel 8 om retten til privat liv. EMD konkluderte med at arbeidsgiver ikke hadde handlet i strid med EMK artikkel 8 og begrunnet avgjørelsen med at sikkerhetshensyn må vektlegges tyngre enn arbeidstakerens rett til vern om personlig integritet. EMD viste til at kjernekraftverket åpenbart krevde et høyt sikkerhetsnivå, utover det som var alminnelig.¹³⁶

Etter § 9-4 bokstav c stilles det krav til *nødvendigheten* i forhold til å verne om *liv og helse*. Bestemmelsen er uttømmende, slik at samtykke fra arbeidssøker ikke vil gi tilstrekkelig hjemmel for å gjennomføre en medisinsk undersøkelse.¹³⁷

Det fremgår av forarbeidene at nødvendighetskravet skal tolkes strengt.¹³⁸ Dette har betydning i forhold til hvordan og hvilke undersøkelser som kan bli tatt i bruk.

I forståelsen av ordlyden "*nødvendig*" ligger det et krav om at faren må *være "alvorlig og fremstå som konkret, nærliggende og sannsynlig"*.¹³⁹ Hva som ligger i en nærmere forståelse av ordlyden har ikke blitt nærmere behandlet i forarbeidene. Det må allikevel

¹³⁶ www.arbeidsrett.no; Kommentar til arbeidsmiljøloven § 9-4 note 9 av Kathrine Rygh Monsen.

¹³⁷ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4. utgave s. 413 og Ot. prp nr. 49 s. 149

¹³⁸ Ot.prp. nr. 49 s. 315

¹³⁹ Ot.prp. nr. 49 s. 315

kunne legges en objektiv vurdering til grunn, hvor man foretar en konkret avveining av de hensyn som er relevante.¹⁴⁰

For at arbeidsgiver skal kunne begrunne en undersøkelse ut ifra ordlyden ”...*verne liv eller helse*” må man først se hen til hva som egentlig ligger i begrepet liv og helse. En naturlig språklig forståelse taler for at de opplysningene som avdekkes kan utgjøre risiko eller fare for alvorlige konsekvenser ved utførelse av arbeidet. Spørsmålet blir om man kan sette en nedre grense for hvilke helseopplysninger som kan fremstå som nødvendige. Her må man først se hen til den aktuelle stillingen og hvorvidt en medisinsk undersøkelse er nødvendig for å verne om liv eller helse. Stillinger som stiller strenge krav til sikkerhet er særlig utsatt og kan gi arbeidsgiver adgang til å kreve medisinsk undersøkelse. Dersom arbeidssøker for eksempel har epilepsi, vil et anfall kunne utgjøre en risiko for at feil oppstår under utførelse av arbeidet. En medisinsk undersøkelse vil derfor være nødvendig ut ifra sikkerhetsmessige hensyn.

Andre eksempler på arbeidsplasser hvor vern av liv eller helse kan risikeres dersom det gjøres feil i utførelsen, er blant annet i oljevirksomheter, helsevesenet, næringsmiddelindustrien og andre yrker hvor det kreves høy grad av aktsomhet.

I EMD Madsen vs. Denmark var det spørsmål vedrørende rusmiddeltesting av arbeidstakere på cruiseskip. Selv om forholdet gjaldt arbeidstakere og ikke arbeidssøkere, må det kunne antas at prinsippene som EMD anvendte vil ha tilsvarende relevans ovenfor arbeidssøkere. Sikkerhetsmessige hensyn ble tillagt tyngre vekt enn hensynet til arbeidstakers personlige integritet og EMD uttalte at dersom det er knyttet særskilte sikkerhetskrav til stillinger, kan det stilles høye krav til arbeidstakerne.¹⁴¹

¹⁴⁰ www.arbeidsrett.no; Kommentar til arbeidsmiljøloven § 9-4 note 9 av Kathrine Rygh Monsen.

¹⁴¹ www.arbeidsrett.no; Kommentar til arbeidsmiljøloven § 9-4 note 9 av Kathrine Rygh Monsen.

4 AML. § 9-3 PRAKTISKE FUNKSJON I EN EKSEMPELBEDRIFT

For å få et bedre innblikk i hvordan bestemmelsen fungerer i praksis tok jeg kontakt med personalansvarlig ved BIS Production Partner. Videre i dette avsnittet vil jeg derfor kort gjøre rede for hvordan innhenting av helseopplysninger ved ansettelse kan bli gjort i en eksempel bedrift.

I forhold til arbeidet ved BIS var det risiko for helseproblemer knyttet til astma, skjelett og belastningsskader. Derimot var det ikke praksis ved intervjuer å gjøre oppmerksom på disse helseproblemene, og da heller ikke spørsmål om søker lider av en sykdom som er uforenelig med arbeidet.

Praksis hos BIS ved ansettelsesprosessen er preget av tilbakeholdenhet når det gjelder hvilke spørsmål som blir stilt. Derimot er hensynet til tilrettelegging av arbeidsplassen høyt prioritert. På den måten holder man sykefravær nede og arbeidstaker får gjort arbeidet på en tilfredsstillende og forsvarlig måte. Innhenting av tidligere sykefravær er vanlig praksis hos BIS, spesielt fra referanser som arbeidssøker oppgir.

Når det gjaldt spørsmål rundt arbeidssøkers psykiske helse, var dette et tema som ikke kom hyppig opp. Derimot var personalansvarlig, Ingvar Stadheim, klar på at adgangen til å stille slike spørsmål vil være et område som det vil være behov for mer synliggjøring hos arbeidsgivere.¹⁴²

¹⁴² Etter samtale med personalansvarlig Ingvar Stadheim i BIS Production Partner AS.

5 Kontrolladgang for tilsynsorganer

I Norge har vi flere tilsynsorganer og kontrollorganer som følger opp tvister på diskriminerings og arbeidsrettens område. Likestillings- og diskrimineringsnemnda har blant annet kompetanse til å treffe vedtak eller komme med uttalelse i saker som angår diskriminering. Utstøtelse fra arbeidslivet på bakgrunn av bestemmelsen i §§ 9-3 og 9-4 har Nemnda derimot ikke kompetanse til å behandle. Her er det arbeidstilsynet som har den rettslige kompetansen. Arbeidstilsynet er en statlig etat som er underlagt Arbeids- og inkluderingsdepartementet.¹⁴³

Hvilke statlige organer skal håndheve og fange opp tilfeller som er i strid med § 9-3? Breisteinutvalget uttalte at det vil være et behov for en kontrollordning for å øke aktsomheten mellom arbeidssøker og arbeidsgiver. Det ble foreslått å innføre tre forskjellige ordninger for tilsyn og kontroll. Forhåndsgodkjenning av helseundersøkelser, meldeplikt når det er gjennomført helseundersøkelser og registrering/internkontroll. Når det gjaldt spørsmålet om hvilken etat som skulle utøve ordningene ble det antatt at arbeidstilsynet ville ha den myndighet som er best egnet til å føre et slikt tilsyn.¹⁴⁴

Etter aml. § 18-1 (1) har arbeidstilsynet som hovedoppgave å:

”...fører tilsyn med at bestemmelsene i og i medhold av denne lov blir overholdt”.

Videre skal arbeidstilsynet ha adgang til virksomheten til enhver tid, jfr. aml. § 18-4 første ledd og de kan gi pålegg og andre enkeltvedtak etter aml. § 18-6 som er nødvendig for gjennomføring av bestemmelsene i loven. Dette innebærer at arbeidstilsynet kan gi pålegg eller treffe enkeltvedtak dersom en virksomhet går utover det som er nødvendig etter aml. § 9-3.

¹⁴³ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4. Utgave s. 658

¹⁴⁴ NOU 2001:4 s. 125

På hvilken måte kan arbeidsgiver handle i strid med § 9-3?

Arbeidsgiver kan komme i en situasjon hvor han ber om helseopplysninger som ikke ansees som nødvendige i forhold til de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen.

Videre kan arbeidsgiver innhente helseopplysninger hos familie, helsepersonell eller venner. Slik form for innhenting vil være i strid med § 9-3.

Her må man huske utgangspunktet om at arbeidssøker ikke skal holdes utenfor arbeidslivet på urimelig grunnlag.

Dersom det blir påvist at arbeidsgiver har handlet i strid med § 9-3, følger det av aml. § 19-1 første ledd ”...*innehaver av virksomhet, arbeidsgiver eller den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten*”, kan straffes med bøter eller fengsel inntil tre måneder eller begge deler. For at straff skal kunne ilegges, er vilkåret at bestemmelser eller pålegg som er gitt i medhold av arbeidsmiljøloven, er gjort ved forsett eller uaktsomhet.

Derimot vil det være vanskelig for tilsynsorganer å oppdage brudd på aml. § 9-3 og således vil straffebestemmelsen få liten praktisk betydning.

Hvordan den rettslige standarden under § 9-3 vil utvikle seg i fremtiden vil kunne antas å avhenge av hvor stor grad arbeidsgiver får kunnskap om bestemmelsens grenseområder. Slik som praksis i dag fremstår, både nasjonalt og internasjonalt, er det mye som taler for et sterkt vern av arbeidssøkers personvern men samtidig en ivaretagelse av arbeidsgivers legitime behov.

LITTERATURLISTE

Lover

- Lov av 17. juni 2005 nr 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
- Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
- Lov av 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger
- Lov av 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene
- Lov av 20. juni 2008 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne
- Lov av 16. juni 1989 nr. 59 om lostjenester mv.
- Lov av 19. Desember 2003 om matproduksjon og mattrygghet mv.
- Lov av 5. August 1994 nr. 55 om vern av smittsomme sykdommer

Forarbeider

- NOU 2001:4 Helseopplysninger i arbeidslivet (Breisteinutvalget)
- NOU 2004:5 Arbeidslivlovutvalget: *Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst*
- NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern.
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.*
- Ot. Prp nr. 5 (1999-2000) *Om lov om helseregistre og behandling av helseopplysninger*
- Høringsuttalelse vedrørende NOU 2001:4 fra Bioteknologinemnda

Rettspraksis

- Rt. 1995 s. 2018
- Rt. 1988 s. 959 Henki saken
- Rt. 2000 s. 1602 Nøkk
- Rt. 2001 s. 418 Kårstø
- TOSL-1997-06-02 (upublisert)
- NAD 1981-1983 s. 507
- Svenske Arbetsdomstolen AD 1998:97
- LDN 40/2011

Internasjonal rettspraksis

- Den Svenske Arbetsdomstolen AD 1998:97.
- EMD Madsen vs. Denmark
- C-404/92

Konvensjoner/direktiver

- Europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)
- FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)
- 2000/78/EF

Litteratur

- Knophs oversikt over Norges rett 13. Utgave
- Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, 4. Utgave
- Jan Fougner og Lars Holo, "Arbeidsmiljøloven *Kommentarutgave*" 2006
- Tor Gjone og Erik V Aasgaard, "Bedriftens personalhåndbok, *Rett og plikt i arbeidsforhold*", 6. utgave.
- Johansen og Stueland, "Arbeidsmiljøloven: *Kommentarer og praksis*" 2011.
- Henning Jakhelln og Helga Aune, Arbeidsrett.no 2. utgave

Artikler og oppgaver med mer

- Tine Eidsvaag, *Handlaus gjæte: "Vern mot utstøtning og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse"*.
- Masteroppgave fra 2006 "Om arbeidsgivers adgang til å hente inn helseopplysninger gjennom samtale med arbeidssøker".
- Samtale med personalansvarlig Ingvar Stadheim i BIS Production Partner AS.
- Dagens næringsliv 4. april 2012: "Jobbnekt for røykere".

Arbeidsrettslige avtaler

- Hovedavtalen LO-NHO (2006) tilleggsavtale V
- IA-avtalen

Elektroniske dokumenter

- Finansnæringens fellesorganisasjon sin hjemmeside: fnh.no
- Psykiskhelse.no: Rådet for psykisk helse sitt hefte om *"psykiske problemer og jobb, råd og fakta om oppfølging av medarbeidere"*
- www.arbeidsrett.no: Kommentar til arbeidsmiljøloven av Kathrine Rygh Monsen.